



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato di ricerca in Pluralismi giuridici. Prospettive antiche e attuali

Dipartimento di Giurisprudenza

Settore Scientifico Disciplinare IUS/01

L'ILLECITO ANTITRUST DOPO LA DIRETTIVA 2014/104/UE

IL DOTTORE
PIETRO LIBRICI

IL COORDINATORE
CH.MO PROF. GIUSEPPE DI CHIARA

IL TUTOR
CH.MA PROFESSA ROSALBA ALESSI

CICLO XXXII
ANNO CONSEGUIMENTO TITOLO 2020

SOMMARIO

Introduzione.....	1
-------------------	---

CAPITOLO I

GENESI DELL'ANTITRUST *ENFORCEMENT* IN AMBITO EUROPEO

1 L'avvento del diritto della concorrenza in ambito europeo	5
2 La politica della concorrenza negli Stati Uniti	9
3 I caratteri distintivi del sistema americano: il ruolo preponderante del <i>private enforcement</i>	12
4 L'applicazione pubblicistica delle regole di concorrenza in ambito europeo: dal Trattato di Roma al pacchetto «modernizzazione»	15
5 Il nuovo corso dell'antitrust <i>enforcement</i> europeo e la rivalutazione dei rimedi civilistici.....	20
6 L'apporto della giurisprudenza allo sviluppo del <i>private antitrust enforcement europeo</i> : dalle origini alle sentenze Courage e Manfredi	23
7 Le iniziative della Commissione europea: il Regolamento CE 1/2003, il Libro Verde e il Libro Bianco.....	29
8 Dalla proposta di Direttiva del 2009 alla direttiva 2014/104 UE	34
9 L'esperienza giuridica dell'antitrust nel nostro Paese	36
10 Il rimedio risarcitorio nei disegni di legge che hanno preceduto la normativa interna antitrust.....	39
11 La tutela risarcitoria ex art. 33 co. 2 l. 287/1990	40
12 A che serve l'antitrust?	43

CAPITOLO II

LA DIRETTIVA UE 2014/104 SUL RISARCIMENTO DEL DANNO PER VIOLAZIONE DELLA DISCIPLINA ANTITRUST E LA NORMATIVA NAZIONALE

1	La direttiva sul danno antitrust e il suo contesto	48
2	Gli obiettivi e la base giuridica	53
3	La competenza giurisdizionale del giudice italiano in relazione all'azione risarcitoria	56
4	La divulgazione delle prove: dalle origini alla direttiva sull' <i>antitrust private enforcement</i>	59
5	La disciplina di ordine generale sulla divulgazione delle prove	66
6	La disclosure delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza	72
7	Le sanzioni in caso di inottemperanza all'ordine del giudice di esibizione delle prove.....	79
8	Il valore probatorio dell'accertamento delle autorità nazionali nel processo civile e l'amministrativizzazione della tutela civilistica	84
9	Il valore probatorio della decisione dell'Autorità <i>Antitrust</i> di accettazione di impegni	92
10	I soggetti legittimati a richiedere il risarcimento.....	96
11	Il <i>passing-on</i> offensivo e la tutela degli acquirenti indiretti.....	101
12	Una solidarietà a “geometria variabile”	107
13	La protezione del <i>leniency applicant</i>	109

14	La deroga al principio della responsabilità solidale a favore delle PMI.	111
15	L'azione di classe	114
16	La prescrizione nell'azione di danno antitrust	116

CAPITOLO III

GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELL'ILLECITO ANTITRUST

1	Considerazioni introduttive	122
2	Il requisito soggettivo	124
3	Il fatto illecito	128
4	L'ingiustizia del danno	133
5	Il nesso causale: considerazioni generali e rinvio	137

CAPITOLO IV

IL PROBLEMA DELLA CAUSALITA' NELL'ILLECITO ANTITRUST

1	Considerazioni introduttive	148
2	L'orientamento della Corte di giustizia	149
3	L'orientamento della giurisprudenza nazionale	152
4	Gli approdi della dottrina	156
5	La tradizionale funzione della responsabilità civile e il ruolo del nesso causale	160
6	Le presunzioni di danno da cartello e <i>passing-on</i> offensivo e la prova del nesso causale	163

7	L'evoluzione del rimedio in <i>tort</i> e la natura polifunzionale della responsabilità civile.....	167
8	Una possibile prospettiva?.....	171

CAPITOLO V

IL DANNO RISARCIBILE: IL PIENO RISARCIMENTO E I CRITERI DI QUANTIFICAZIONE DEL DANNO

1	Premessa	177
2	Il danno risarcibile.....	179
3	Le metodologie di calcolo del danno	181
4	La guida pratica sulla quantificazione del danno	183
5	L'intervento dell'Autorità nazionale nella determinazione del danno antitrust	185
6	La valutazione equitativa.....	188
7	Considerazioni conclusive.....	189
	<i>Bibliografia</i>	192

Introduzione

Tradizionalmente, tanto a livello nazionale quanto a livello comunitario, la tutela della concorrenza si è caratterizzata per l'impiego di strumenti di *enforcement* pubblicistico. Come si avrà modo di vedere, infatti, in caso di violazione dell'art. 85, il Trattato di Roma del 1957, dal punto di vista civilistico, si limitava a prevedere (espressamente) la sola sanzione della nullità dell'intesa vietata.

Il modello comunitario antitrust, che ha profondamente influenzato anche la legislazione in tutti i paesi dell'Unione, ha, però, fatto registrare nel tempo rilevanti sviluppi, frutto dell'esigenza di rafforzare l'efficacia e l'efficienza dei meccanismi di *enforcement* del diritto della concorrenza.

Proprio sotto questo profilo, emblematici risultano essere gli sforzi messi in atto, negli ultimi anni, dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione per cercare di mettere a punto un sistema binario, basato cioè sull'interazione dei meccanismi di *public* e *private enforcement*.

L'apertura ai rimedi civilistici antitrust, che ha interessato naturalmente gli stessi Stati membri, ha dovuto fare i conti con *i)* alcune specificità della materia che mal si conciliano con le azioni ad opera dei singoli privati; *ii)* differenze, sostanziali e procedurali, all'interno dei vari ordinamenti giuridici nazionali che hanno fortemente ostacolato gli sforzi profusi verso la privatizzazione delle tutele contro le violazioni delle norme antitrust.

Il crescente interesse mostrato da parte delle istituzioni europee verso il *private enforcement* del diritto della concorrenza ha alimentato un vivace e fertile dibattito in dottrina.

Dopo un lungo *iter*, il 26 novembre 2014 è stata pubblicata la direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio UE 2014/104 relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea. Quest'ultima va a completare la stagione del diritto della concorrenza connotata, a partire dalla pronuncia *Courage e Crehan*, dalle costanti

sollecitazioni per l'armonizzazione delle regole sul risarcimento del danno antitrust.

In Italia il recepimento della Direttiva è avvenuto il 19 gennaio 2017 con il d.lgs. n. 3/2017.

Sebbene la normativa in parola intervenga a colmare il vuoto creato dall'assenza, sia ambito nazionale che comunitario, di norme di diritto positivo dirette a prevedere esplicitamente la possibilità di promuovere un'azione per il risarcimento del danno sulla base di una violazione delle disposizioni antitrust; essa si limita a definire presupposti e conseguenze in punto di legittimazione ad agire, onere della prova e quantificazione del danno, lasciando irrisolte problematiche di notevole importanza, che possono pregiudicare la stessa operatività del *private enforcement*, e che avrebbe potuto definitivamente risolvere.

Pertanto sotto questo profilo, permangono ancora dubbi e incertezze.

L'obiettivo che ci si propone di raggiungere è quello di verificare i tratti fondamentali della disciplina dell'azione di risarcimento del danno conseguente alla violazione di norme antitrust alla luce della stratificazione di dottrina, giurisprudenza e prassi createsi intorno alla *private litigation antitrust* in anni recenti.

Come ribadito dagli stessi *consideranda* della direttiva, infatti, il sistema è fondato sull'effetto diretto degli artt. 101 e 102 dei Trattati e sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia ormai divenuta parte dell'*acquis* comunitario in tale ambito.

In questa prospettiva, lo scritto prende avvio da una panoramica dei principi fondanti il sistema di tutela antitrust europeo e dall'identificazione delle ragioni storiche alla base della sua adozione, per poi passare ad analizzare la relazione esistente tra il *public* e il *private enforcement* della normativa antitrust in Europa per il tramite del richiamo alle fondamentali decisioni della Corte di giustizia e ai principali provvedimenti delle Istituzioni comunitarie in materia. Il tutto senza tralasciare, in una prospettiva comparatistica, di volgere uno sguardo veloce verso

l'ordinamento statunitense, nel quale, come è noto, è ben radicato l'uso di meccanismi di *enforcement* di matrice privatistica.

Successivamente prende in considerazione l'esperienza giuridica municipale e le finalità perseguite dalla legislazione antimonopolistica europea.

Il secondo capitolo, analizza, poi, le numerose e rilevanti questioni che sono state affrontate dal legislatore europeo con la direttiva e le conseguenti innovazioni che a livello interno si sono rese necessarie per dare attuazione alla normativa europea di nuovo conio.

Il legislatore dell'Unione ha disciplinato solo alcuni degli elementi dell'illecito riservando alla competenza degli Stati membri la disciplina degli aspetti non considerati nella normativa Europea.

Dato il rinvio del sistema comunitario alle regole civilistiche nazionali, dovranno adattarsi alla fattispecie le regole generali vigenti in materia di responsabilità civile nel rispetto dei principi di efficacia e di equivalenza più volte richiamati dalla direttiva.

Il terzo capitolo, pertanto, procede a delineare i tratti fondamentali della disciplina nazionale dell'azione di risarcimento del danno conseguente alla violazione di norme antitrust cercando al contempo di dar conto di quelle peculiarità che l'illecito concorrenziale certamente presenta.

Il quarto capitolo affronta uno dei nodi più spinosi dell'intera impalcatura, e cioè il nesso di causalità del quale sia la normativa europea, che quella nazionale di trasposizione, si occupano, solo *incidenter tantum*. Anche grazie all'analisi dell'evoluzione dell'istituto della responsabilità *ex lege aquilia* sotto il profilo della funzione allo stesso assegnata, l'obiettivo che ci si propone è quello di individuare una possibile chiave di lettura ai risvolti problematici che l'ordito normativo delineato dal legislatore ci consegna.

Il capitolo conclusivo infine analizza il profilo relativo alla quantificazione del danno, passando in rassegna le principali metodologie di calcolo e le indicazioni fornite dalla Commissione negli atti di *soft law* in materia.

L'obiettivo, seppur ambizioso, è quello di contribuire a fornire le coordinate atte a propiziare un corretto approccio ai tanti risvolti problematici che la nuova disciplina lascia insoluti.

CAPITOLO I

GENESI DELL'ANTITRUST *ENFORCEMENT* IN AMBITO EUROPEO

1 L'avvento del diritto della concorrenza in ambito europeo

La direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, approvata il 26 Novembre 2014¹, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, (in prosieguo, la Direttiva Danni o più semplicemente la Direttiva) costituisce l'ultimo e più recente tassello dell'evoluzione del diritto antitrust e mira a dar vita ad un sistema di *enforcement* in grado di assicurare la massima efficacia delle regole di concorrenza grazie all'applicazione complementare di strumenti pubblicistici e privatistici.

Per comprendere l'attuale normativa europea e gli sviluppi che hanno condotto ad essa risulta, perciò, opportuno fare un passo indietro per avere chiaro il punto di partenza.

La legislazione antitrust europea è giovane se comparata all'esperienza anglosassone e soprattutto americana².

Negli Stati Uniti già a partire dal 1887 i singoli Stati federali, enti maggiormente sensibili nel percepire le esigenze dei cittadini, cominciarono ad emanare discipline antitrust volte a contrastare gli accordi tra imprese o i

¹ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, pubblicata nella G.U. n. L 349/1 del 5 dicembre 2014.

² Sebbene andando indietro nel tempo sia dato rinvenire precetti antimonopolistici anche nella legislazione augustea e il *crimen monopolii*, di cui si hanno informazioni già in diversi diritti primitivi, percorra tutta la storia del diritto europeo, dal diritto romano classico fino al XIX (Cfr. M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in *20 anni di antitrust*, a cura di, P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI, Giappichelli, Torino, 2010, 99) la prima legislazione antitrust moderna nasce in America con l'emanazione delle normative antitrust canadesi (1889) e statunitensi (1890) Cfr. F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Giappichelli, Torino, 2013, 4 ss.

comportamenti unilaterali “monopolistici” limitativi del commercio all’interno del territorio dei singoli Stati³.

In Europa, invece, sia pur con differenze tra i vari stati, nello stesso periodo, si assisteva alla cartellizzazione dell’economia vista quale strumento per incrementare la crescita economica delle imprese nazionali,⁴ sul presupposto che la concorrenza fosse uno stato di fatto ormai acquisito e che il problema principale da risolvere fosse piuttosto quello degli eccessi di concorrenza deleteri per il mercato e per i consumatori⁵.

Per rendersi conto del differente approccio esistente in Europa e in America, basti considerare che nel 1897, ossia nello stesso anno in cui negli Stati Uniti si assisteva alla storica decisione con cui la Suprema Corte sanzionava il cartello di prezzo nel caso *Trans Missouri*⁶, i giudici tedeschi con la sentenza del 4 febbraio 1897 riconoscevano la liceità dell’accordo di cartello tra imprese dando luogo a un processo di cartellizzazione dell’economia, culminato con l’approvazione nel 1933 della *Zwangkartellgesetz*, che rendeva obbligatoria la creazione di cartelli tra imprese a discrezione del ministero dell’economia⁷.

A ciò si aggiunga che dapprima nel 1916 si pensò di creare un’unione doganale europea basata sui cartelli industriali e poi la “Commissione di studio per l’Unione europea”, istituita in seno alla Società delle Nazioni, sotto la presidenza di *Briand*, nella sessione tenutasi tra il 15 - 21 maggio 1931, propose un riavvicinamento economico degli Stati europei fondato sui cartelli⁸.

Le prime regole concorrenziali del diritto europeo, di cui gli attuali artt. 101 e 102 Tfu non costituiscono altro che una rielaborazione, risalgono all’ormai defunto trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell’acciaio

³ H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy: The Law Of competition And Its Practice*, West Group, St. Paul, 1994, 670.

⁴ L. F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Giuffrè, Milano, 2005, 11 ss.; nonché M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, cit., 102 il quale scrive che i cartelli venivano considerati «come moderni strumenti di autoregolazione dei mercati, atti a garantire stabilità ed efficienza ad interi settori economici».

⁵ cfr. M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, cit., 97, spec. 102 ss.

⁶ United States V. Trans-Missouri Freight Association, 166 U.S. 290 (1897).

⁷ L.F. PACE, *Diritto europeo della concorrenza, Divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, Cedam, Padova, 2007, 5 ss.

⁸ *Op. ult. cit.*, 8 ss.

(Ceca), noto anche sotto il nome di trattato di Parigi, concluso tra i sei Stati membri originari nel 1951.

Stando alle parole di uno dei maggiori fautori della Ceca, Jean Monnet, esse sono state ideate al fine di «placare le apprensioni» del segretario di Stato americano, Dean Acheson, il quale, di fronte alla volontà di Francia e Germania di messa in comune delle risorse del carbone e dell'acciaio per eliminare ogni incentivo al ritorno ad un conflitto mondiale, faticò a intuire la portata del progetto e non ne fu particolarmente entusiasta sospettando che nascondesse la creazione di una sorta di grande cartello del carbone e dell'acciaio⁹.

La legislazione europea, pertanto, «si originò in una situazione nella quale tanto i suoi fini politici, quanto quelli propriamente economici, furono non solo ignorati ma anche del tutto irrilevanti»¹⁰ se si tiene peraltro in considerazione la circostanza che «il suo unico fine originario fu quello di placare le preoccupazioni delle potenze occupanti e forse, più indirettamente, di scongiurare la possibilità di una ennesima ripresa economica germanica e di una conseguente rivincita sul piano militare»¹¹.

Tanto a differenza del diritto antitrust americano il quale fu concepito al fine di limitare il potere delle grandi concentrazioni economiche, le quali non solo sotto l'aspetto economico possono pregiudicare gli interessi dei fornitori, dei piccoli concorrenti e, in ultima analisi, dei consumatori, ma sotto quello politico sono potenzialmente in grado di condizionare il funzionamento il sistema democratico¹².

⁹ J. MONNET, *Mémoires*, Fayard, Paris, 1976, 356 ss.

¹⁰ C. OSTI, *Ma a che serve l'antitrust?*, in *Foro it.*, 2015, parte V, col. 116.

¹¹ C. OSTI, *Ma a che serve l'antitrust?*, cit., 116. Cfr. inoltre F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, cit. ove si gli autori evidenziano che non è un caso che la legge di decartellizzazione provvisoria fatta emanare in Germania dal generale Clay, avvalendosi dei poteri straordinari del periodo postbellico, similmente a quando accaduto in Giappone con i *zaibatsu*, si premurò di disgregare le concentrazioni di potere economico che si erano rivelate un formidabile apparato di guerra e distruzione.

¹² In tal senso sia consentito richiamare le parole del senatore *Sherman*, padre della legge antitrust statunitense, ad avviso del quale: «se la concentrazione di poteri tipica di un trust è conferita a un unico individuo, essa si trasforma in un privilegio reale, inconciliabile con la nostra forma di governo (...) se esiste un'ingiustizia, è questa. Se noi non accettiamo che vi sia un sovrano quanto al potere politico, nemmeno dovremmo sopportare un sovrano che regni sulla produzione, sui trasporti e sull'offerta di tutto quanto necessario per l'esistenza. Se non ci sottomettiamo ad un imperatore, nemmeno ci dovremmo sottomettere a un autocrate economico, dotato del potere di impedire la concorrenza e di fissare il prezzo di ogni merce», 21 Congressional Record 2456 (1890).

Fatta eccezione per il Regno Unito la cui legislazione antitrust moderna risale al 1948, la prima normativa antimonopolistica europea che si pose esplicitamente l'obiettivo di garantire la tutela della concorrenza nel mercato è quella tedesca del 1957¹³.

Sempre nello stesso anno, con il Trattato istitutivo della Comunità economica europea, firmato a Roma dai sei Stati membri già firmatari del Trattato CECA, ed entrato in vigore il 1 gennaio 1958, agli artt. 85 e 86, fu introdotto il divieto di intese anticoncorrenziali e quello di abuso di posizione dominante con lo specifico obiettivo di dar vita ad un mercato interno fondato sull'idea della libera circolazione di merci, persone e capitali di cui la normativa antitrust era chiamata a presidiarne il funzionamento concorrenziale¹⁴.

Nasceva, in opposizione al “diritto statale dei cartelli industriali” (*Kartellrecht*), tipico degli Stati europei negli anni '20 e '30 del XX secolo, il “diritto di tutela della concorrenza” (*Wettbewerbsrecht*)¹⁵.

Era chiaro, infatti, che per creare un mercato aperto e in libera concorrenza non potevano essere sufficienti l'abbattimento delle barriere doganali e gli accordi di politica commerciale tra i diversi paesi, ma era necessario avviare e rafforzare una politica concorrenziale in grado di assicurare una adeguata competitività sul mercato europeo a tutela delle imprese e dei consumatori¹⁶.

¹³ G. MAZZEI, *Economia di mercato e diritti soggettivi nella evoluzione del diritto antitrust*, ESI, Napoli, 2004, 57 ss.

¹⁴ Si veda in tal senso l'art. 3 lett. g) del trattato CEE ai sensi del quale: «ai fini enunciati dall'articolo 2, l'azione della Comunità comporta, alle condizioni e secondo il ritmo previsti dal presente trattato (...) un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno».

¹⁵ Bisogna comunque considerare che, come sottolinea G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Il Mulino, Bologna, 1997, 46, la formazione delle norme comunitarie sulla concorrenza non avvenne senza contrasti. Questa norme, infatti, da un lato erano circondate da altre che ne sottolineavano il valore ancillare rispetto all'integrazione del mercato e, dall'altro, incontravano il limite delle politiche industriali ed agricole che in qualche modo si ponevano in contrasto con la finalità concorrenziale. Come affermato da I. CIPOLLETTA, *La cultura della concorrenza in Italia*, in *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015*, a cura di G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, Trento, Università degli Studi di Trento, 48 «con la CEE nacque la politica della concorrenza all'interno degli Stati europei, per convenienza più che per convinzione politica dei governi e delle popolazioni».

¹⁶ F. NUGNES, *Regole di concorrenza e Costituzione europea*, in *Istituzioni, diritti, economia. Dal Trattato di Roma alla Costituzione europea*, a cura di G. COLOMBINI, F. NUGNES, Pisa, Pisa University Press, 2004, 224 ss.; cfr. inoltre Corte giust., 1 giugno 1999, Causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*. ove la Corte afferma che: «l'art. 81 CE costituisce, ai sensi dell'art. 3, lett. g), del Trattato CE [divenuto, in seguito a modifica, art. 3, n. 1, lett. g), CE] una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato

Ciò in linea con il pensiero liberale della scuola di Friburgo secondo cui i mercati, se lasciati alle regole spontanee e alla semplice libertà contrattuale, tendono a degenerare, dando luogo alla formazione di strutture di potere privato e quindi la concorrenza non può essere considerata uno stato naturale di qualsiasi mercato aperto alla libera iniziativa, bensì come una costruzione sociale, frutto di regole scelte e imposte dallo Stato che, in questa prospettiva, assume un compito attivo – e non meramente punitivo¹⁷.

2 La politica della concorrenza negli Stati Uniti

Prima di proseguire nell'analisi dell'esperienza europea, appare opportuno volgere uno sguardo al modello americano che in quanto esiste e funziona a pieno regime fin dal 1890, da un lato, ha fortemente influenzato anche la politica della concorrenza in Europa e la dottrina relativa¹⁸ e, dall'altro, è in grado di fornire spunti di riflessione interessanti in ordine alle problematiche che il risarcimento dei danni antitrust pone¹⁹.

In questa sede non ci si propone di fornire una approfondita e dettagliata illustrazione di tutti gli strumenti di tutela da esso forniti, ma di ricostruirne, per linee essenziali, caratteristiche e funzioni al fine di verificare in prosieguo

interno», nonché G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, CLUEB, Bologna, 1991, 19 il quale rileva che «nei trattati CECA e CEE (...) la salvaguardia della libertà di concorrenza non può considerarsi quale principio fine a sé stesso. Le norme in questione risultano infatti inquadrare nel contesto degli obiettivi generali perseguiti dai trattati, talché l'applicazione delle norme stesse ha posto le basi per l'educazione di una 'filosofia antitrust' autenticamente comunitaria». In questo senso Corte giust., 25 ottobre 1977, Causa C-26/76, *Metro v. Commissione*, (in particolare par. 20); ID., 16 settembre 2008, cause riunite C-468/06 e C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE e altri v. GlaxoSmithKline* (in particolare par. 20).

¹⁷ V. M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, ann. III, Giuffrè, Milano, 2010, 216 il quale evidenzia che: «una peculiarità della costruzione del diritto europeo della concorrenza è costituita dal ruolo ispiratore che in essa ha avuto (...) la scuola di Friburgo [secondo cui] i mercati, se lasciati alle regole spontanee e alla semplice libertà contrattuale, tend[a]ono a degenerare, dando luogo alla formazione di strutture di potere privato. Diviene dunque compito precipuo dello Stato svolgere alcuni incisivi interventi, volti, oltre che a proteggere le categorie socialmente deboli e ad assicurare la stabilità monetaria, a garantire il mantenimento di una situazione di concorrenza effettiva nel mercato».

¹⁸ M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 213 ss.

¹⁹ A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno per violazioni di norme antitrust: l'esperienza americana*, in *Riv. soc.*, 1992, 3, 683.

similitudini e differenze con il sistema adottato dal legislatore comunitario e italiano.

Il diritto antitrust d'oltreoceano ha una storia lunga un secolo. Lo *Sherman act* affonda le sue radici nel periodo che va dal XIX al XX secolo, fase di maggiore espansione del capitalismo statunitense.

La grande impresa nella forma della società anonima (*corporation*) che gradualmente si era andata sostituendo alla piccola e media impresa individuale, se determinò da un lato un'imponente e tumultuosa espansione dell'economia americana, fu dall'altro causa del prodursi di fenomeni negativamente percepiti sul piano politico e sociale, fra i quali la prevaricazione dei grandi interessi economici realizzata tramite il ricorso alle pratiche più varie e alle forme più sofisticate di concentrazione industriale e finanziaria (*trust, cartels, pools, ecc.*).

Tali pratiche andavano a colpire soprattutto le classi più deboli dell'economia americana del finire del secolo e, cioè i contadini e i commercianti, i quali finivano per subire gli effetti distorsivi delle collusioni tra le imprese due volte, sia come acquirenti delle materie prime che come venditori dei prodotti finiti.

In risposta alle pressioni politiche di questi due gruppi, nel 1890 venne approvato a livello federale lo *Sherman act* che, riprendendo e riammodernando dal patrimonio della *common law*, il tradizionale delitto di monopolio, vietò in modo sistematico gli accordi e le combinazioni in «*restraint of trade*» (Section 1) così come i tentativi di monopolizzazione del mercato (Section 2), al fine di frenare il potere delle grandi imprese e proteggere la libertà individuale ed il pluralismo economico²⁰.

A presidio del divieto vennero introdotte sia sanzioni penali che civili che ben evidenziano il disvalore che il legislatore americano sin dalle origini intese assegnare alle condotte le restrittive della concorrenza.

²⁰ Per una ricostruzione più dettagliata si vedano, fra gli altri, G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, cit., nonché R.J. PERITZ, *Competition policy in America*, rev. Ed., Oxford University Press, Oxford, 1996.

L'antitrust americano nasceva con il duplice obiettivo di tutelare le numerose piccole imprese agricole e manifatturiere nonché la democraticità della società, nella convinzione, allora radicata, che il modello ideale fosse quello a suo tempo concepito da T. Jefferson: una società democratica caratterizzata da una struttura di mercato decentrata²¹.

Lo *Sherman Act*, tuttavia, non conteneva alcuna disciplina in merito alle concentrazioni. Fu così che le imprese per aggirare i divieti posti da quest'ultimo iniziarono a coordinare il loro comportamento sul mercato dando luogo a processi di concentrazione²².

L'esigenza di contrastare anche le concentrazioni tra imprese indusse il Congresso ad emanare, nel 1914, il *Clayton Antitrust Act*, che vietò la discriminazione dei prezzi, le operazioni di concentrazione tali da ridurre in modo significativo la concorrenza e gli interscambi di amministratori tra imprese concorrenti.

Inoltre, con il *Federal Trade Commission Act*, dello stesso anno, fu istituita un'autorità amministrativa – la *Federal Trade Commission* – con funzioni complementari a quelle del *Department of Justice*, dandosi così vita ad un modello di intervento amministrativo più vicino a quello che stava affermandosi (sia pure in modo blando) in Europa nello stesso periodo.

²¹ F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, cit., 5 ss. Basti considerare, per rendersene conto, le prime sentenze della Corte Suprema Usa che non hanno indugiato ad considerare illeciti di per sé gli accordi tra società concorrenti relativi ai prezzi, a prescindere dalla loro ragionevolezza, e a sanzionare i grandi cartelli perché privavano il Paese «dei servizi di un largo numero di operatori, piccoli ma indipendenti, che conoscevano i loro affari, avevano speso la loro vita nel coltivarli e avevano mantenuto sé stessi e le loro famiglie col piccolo profitto che ne ricavano»: si tratta del caso *United States V. Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290 (1897) relativo al cartello posto in essere dalle compagnie ferroviarie in merito alle tariffe per il trasporto merci. Lo stesso principio è stato poi espresso alcuni anni dopo nel caso *United States v. Aluminium Company of America (Alcoa)*, 148, F.2d, 416, (1944), relativo al monopolio sul mercato dei produttori di alluminio vergine, in cui riemerge lo spirito originario sotteso allo *Sherman Act*, ove si legge che «ben può essere preferito un sistema di piccoli produttori, il successo dei quali dipende solo dalla loro abilità e dal loro carattere, ad uno nel quale la gran massa degli operatori deve accettare la direzione dei pochi». Sul punto v. L.F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, cit., 5, nota 7. Fa notare comunque M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 213 ss. che l'ideale jeffersoniano era comunque già fuori del tempo, nel momento in cui la prima legge antitrust fu emanata.

²² Si pensi alle pratiche poste in essere dalla *Standard Oil*, quali l'acquisizione di concorrenti minori e la vendita sottocosto in certi stati al fine di determinare il fallimento dei concorrenti che indussero la Corte Suprema americana a ordinare lo smembramento della holding *V. Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

La *Federal Trade Commission* tuttavia non fu dotata, e ne è ancora priva, di poteri sanzionatori, essendogli stata accordata la sola possibilità di ordinare, con apposito provvedimento («*cease and desist order*»), al presunto responsabile della violazione, di cessare immediatamente il comportamento ritenuto illecito.

Da allora ad oggi la normativa antitrust statunitense è rimata immutata, pur registrandosi l'alternarsi di fasi di "attivismo" a momenti di allentamento dei vincoli²³ dovuti ad un mutamento nell'approccio alla valutazione di intese, politiche monopolistiche e concentrazioni che oggi non si basa più sulle motivazioni latamente populistiche che, in passato, avevano indotto a sanzionare qualsiasi patto, orizzontale o verticale, che fosse limitativo della libertà individuale di iniziativa economica, ma sull'esigenza di assicurare l'efficienza economica complessiva del sistema.

In linea con l'avvento, a partire degli anni settanta, di concezioni liberiste questo mutamento di paradigma ha condotto a legittimare operazioni di concentrazione che erano state vietate per decenni²⁴.

3 I caratteri distintivi del sistema americano: il ruolo preponderante del *private enforcement*

Sebbene l'impatto e il ruolo del *private enforcement* siano mutati nel tempo²⁵, esso, fin dalle origini, ha giocato un ruolo predominante nell'applicazione

²³ Sul punto si v. L.B. SCHWARTZ, *Cycles of antitrust zeal: predictability?*, in *Antitrust Bull.*, 4, 1990, 771.

²⁴ V. in tal senso M. Libertini, voce *Concorrenza*, cit., 212 ss. il quale rileva che «con gli anni settanta, insieme con la più generale reazione neoliberista che investe il mondo occidentale, la concezione strutturalista dell'antitrust entra in crisi. (...) Si realizza così una svolta, nell'antitrust americano, da una concezione dell'antitrust prevalentemente inteso come strumento di difesa della democrazia economica ad una concezione dello stesso come strumento di difesa dell'efficienza economica, intesa come attitudine dei mercati a produrre la maggiore quantità di beni a soddisfare la maggiore quantità di bisogni possibile. Si determina così un nuovo ciclo di allentamento nell'applicazione dei divieti antitrust, che è tuttora in corso, pur con qualche oscillazione, ed ha portato a legittimare, oltre a processi di concentrazione molto intensi, anche clausole restrittive (come quelle di prezzo imposto verticale) che erano state vietate per decenni».

²⁵ V. al riguardo D.J. GERBER, *Private enforcement of competition law: a comparative perspective*, in *The Enforcement of Competition Law in Europe*, a cura di T.M.J. MOLLERS, A. HEINEMANN, Cambridge, Cambridge University Press, 434 ss., il quale distingue 3 diverse fasi nell'applicazione del risarcimento del danno nonché TADDEI ELMI G., *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva ue del 2013*, in *Conc. merc.*, 2014, 190, nota 18, che sottolinea come «esaurito l'iniziale effetto novità seguito all'emanazione dello *Sherman Act*, le azioni esperite dai privati fino alla seconda guerra mondiale sono state relativamente poco frequenti. Solo nella seconda metà

del diritto antitrust statunitense, quale necessario supporto e complemento dell'azione pubblica da sola ritenuta incapace di assicurare un'efficace applicazione della normativa antitrust²⁶.

Già la sezione 7 dello *Sherman act* stabiliva che «any person who shall be injured in his business or property by any other person or corporation by reason of anything forbidden or declared to be unlawful by this act may sue therefore in any circuit court of the United States in the district in which the defendant resides or is found, without respect to the amount in controversy, and shall recover three fold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee»²⁷.

La *ratio* di tale scelta non va individuata nella volontà del legislatore di astenersi dalla regolamentazione dell'economia o di “uscire” dalla stessa, come invece è avvenuto in Europa, ma nella necessità di offrire ai danneggiati un mezzo di tutela delle loro posizioni soggettive nei rapporti inter-privati²⁸ e introdurre un meccanismo sanzionatorio per le violazioni perpetrate²⁹.

D'altronde alle origini lo Stato federale non aveva né la forza né l'autorità necessarie per intervenire direttamente sulla politica economica interna e perciò ha preferito affidare ai privati il ruolo di *private attorney general*.

del secolo scorso esse sono aumentate notevolmente, fino al picco raggiunto alla fine degli anni '70, quando il rapporto tra azioni intentate dai privati e azioni pubbliche era di 20 a 1».

²⁶ V. L. LOEVINGER, *Private Action. The Strongest Pillar of Antitrust*, in *Antitrust Bull.*, 3, 1958, 176 lo ha in passato definito come «the strongest pillar of antitrust». V. però A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Giuffrè, Milano, 1996, 186 il quale precisa che tale «affermazione non poteva sostanzialmente essere posta in discussione fino a circa venti anni fa, quando (...) da un lato il Congresso americano ha notevolmente aumentato le sanzioni penali sia sotto il profilo della durata della carcerazione, sia sotto il profilo della misura delle sanzioni pecuniarie, e, dall'altro lato, le Corti hanno effettivamente applicato la normativa penale con maggior rigore. Come si cercherà di dimostrare più oltre, l'importanza dell'azione risarcitoria non è peraltro scemata neppure a seguito di tali, pur importantissime, modifiche».

²⁷ Questa disposizione oggi risiede nel *Clayton Act* (Fn.1) che ne ha esteso la portata precettiva allargando le fattispecie ricomprese nell'area di protezione.

²⁸ G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza.*, cit., 188.

²⁹ Cfr. A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, cit., 198 il quale sottolinea che «non si deve infatti dimenticare che, da un lato (...) a quell'epoca non esisteva alcun ente amministrativo preposto all'applicazione della normativa antitrust e al controllo delle pratiche commerciali utilizzate dalle imprese, dall' altro, le sanzioni penali erano modeste e rimasero, in fatto, per lungo tempo sostanzialmente disapplicate. In questa situazione, è chiaro che l'azione risarcitoria dei privati rappresentava il maggiore, se non quasi l'esclusivo, strumento di sanzione nei confronti delle violazioni delle norme antimonopolistiche, con la conseguenza che sul suo corretto funzionamento si basava, nella sostanza, il possibile raggiungimento degli scopi che la normativa si prefiggeva».

Non si deve poi dimenticare che al momento di emanazione dello *Sherman act*, da un lato, non esisteva alcun ente amministrativo preposto all'applicazione della normativa antitrust e al controllo delle pratiche commerciali utilizzate dalle imprese e, dall' altro, le sanzioni penali erano modeste e rimasero, in fatto, per lungo tempo sostanzialmente disapplicate.

In questa situazione, è chiaro che l'azione risarcitoria dei privati rappresentava il maggiore, se non quasi l'esclusivo, strumento di sanzione nei confronti delle violazioni delle norme antimonopolistiche.

Per questo, al fine di incentivarla il sistema nord americano ha previsto diversi vantaggi per il potenziale danneggiato.

Già nel disegno iniziale del Senatore Sherman si prevedeva la duplicazione del risarcimento, l'emendamento che ha introdotto la triplicazione fu presentato dal Senatore Hoar. La *ratio* di tale scelta va individuata nella volontà di assicurare la funzione deterrente e punitiva del risarcimento del danno e di incentivare le azioni private altrimenti troppo costose per i singoli che spesso subiscono un danno individuale di lieve entità e incontrano considerevoli difficoltà sul piano processuale dovendo soddisfare pesanti oneri di tipo probatorio³⁰.

Inoltre, proprio per cercare di superare quest'ultimo ostacolo non solo si è introdotto un sistema processuale basato sulla c.d. *discovery*, ma la S. 5 (a) del *Clayton Act*, ha previsto che, nei procedimenti intentati dai privati, le risultanze processuali dei procedimenti promossi dalla *Antitrust Division* costituiscono *prima facie evidence*³¹.

L'*iter* che ha condotto alla creazione di meccanismi di *enforcement* privatistico in ambito europeo è stato lungo e tortuoso, ma, come si vedrà nel prosieguo dell'analisi, a differenza di quanto potesse immaginarsi alle origini, ha

³⁰ In questi termini P.E. AREEDA, R.D. BLAIR, H. HOVENKAMP, C.P. DURRANCE, *Antitrust Law*, 3^a ed., Wolters Kluwer, New York, 2007, 38, sottolineano che i *treble damages* servono non solo per compensare le vittime e punire i responsabili, ma anche in chiave deterrente per scoraggiare il ripetersi delle infrazioni considerato che non tutte le violazioni vengono scoperte e che le imprese sono scoraggiate dal tenere condotte anticoncorrenziali, almeno fino a che la probabilità di essere scoperti non sia inferiore a una su tre.

³¹ Non a caso come rilevato da A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, cit., 207 «in circa il 50% dei casi, l'azione risarcitoria dei privati ha fatto seguito ad un'azione promossa con successo dalla *Antitrust Division*».

dato vita a un sistema nient'affatto disegnato a immagine e somiglianza di quello d'oltreoceano, ma diverso e autenticamente europeo nel quale il canale pubblicistico continua ad essere considerato quello prevalente nell'applicazione del diritto antitrust³².

4 L'applicazione pubblicistica delle regole di concorrenza in ambito europeo: dal Trattato di Roma al pacchetto «modernizzazione»

Il trattato CEE non ha disciplinato i meccanismi di *enforcement* delle nuove disposizioni, ma ha demandato al Consiglio, con il concorso di Commissione e Parlamento, il compito di adottare, entro tre anni dalla sua entrata in vigore, «tutti i regolamenti o le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli articoli 85 e 86 [CEE]»³³.

Durante il periodo transitorio, da un lato, giusta il disposto dell'art. art. 88 CEE, è stato affidato alle «Autorità degli Stati membri (...) in conformità del diritto nazionale interno» il compito di vigilare sul rispetto dei divieti previsti dagli artt. 85(1) e 86 CEE e il potere di esentare, ai sensi dell'art. 85(3) CEE, le intese, e dall'altro, per bilanciare tale possibilità, è stato attribuito alla Commissione il compito di vigilare sul rispetto dei principi fissati dagli articoli in questione.

Il reg. (CEE) n. 17/62 – emanato il 6 febbraio 1962 – dopo circa cinque anni dalla firma del Trattato di Roma – ha attribuito alla Commissione una posizione di centralità nell'applicazione delle regole antitrust e ha dato vita a un sistema fondato quasi esclusivamente sull'azione degli organi pubblici³⁴.

Quest'ultimo, infatti, concentrò fin dall'inizio nelle mani della Commissione il potere di applicare le norme antitrust in quanto da un lato, affidava

³² V. G. BRUZZONE, A. SAIJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?*, in *Merc. conc. reg.*, 1, 2017, 14 ss secondo cui «guardando allo scenario che si viene a delineare, è fuori di dubbio che chi auspicava una riforma radicale del sistema europeo in cui al private enforcement viene assegnata un'importanza equiparabile a quella che esso riveste negli Stati Uniti (...) è rimasto insoddisfatto».

³³ Cfr. art. 87 CEE.

³⁴ D.J. GERBER, *Private enforcement of competition law: a comparative perspective*, cit., 442 ss., il quale parla a proposito dell'antitrust enforcement europeo di «*administrative centrality*».

alla stessa ampi poteri investigativi e regolativi rendendola l'unico organo a cui comunicare gli accordi che ricadevano sotto l'art 85 Trattato e abilitato ad esentare le intese ai sensi dell'art. 85, c. 3, Tr.³⁵ e, dall'altro, taceva del tutto sui possibili rimedi civilistici attribuendo di conseguenza un ruolo del tutto marginale ai meccanismi privatistici di *enforcement*³⁶.

Sicché ai giudici nazionali, ai quali, comunque, in linea puramente teorica, non era impedito di fare applicazione diretta delle norme antitrust del Trattato, non rimase che un ruolo del tutto marginale³⁷.

Le ragioni che possono spiegare la prevalenza accordata al *public enforcement* nei sistemi antitrust europei sono molteplici e affondano le proprie radici fin nelle origini della disciplina antimonopolistica europea.

Fatta eccezione per le regole contenute nel trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, la cui genesi va principalmente ricondotta a ragioni politiche più che economiche (v. *supra* § 1), va rilevato che, l'antitrust europeo, anzitutto, è nato non per contrastare i monopoli privati o per disciplinare i conflitti interprivati, ma per limitare i monopoli pubblici e ridurre l'intervento dello stato nell'economia. A ciò si deve aggiungere che alle origini esso aveva quale obiettivo principale quello di evitare la frammentazione del mercato unico europeo al fine di favorire la libertà di circolazione delle merci, cioè un obiettivo pubblicistico prim'ancora che privatistico.

Infine non può non tenersi conto dell'influenza esercitata dalla scuola di Friburgo e dell'idea che il diritto antitrust protegga anzitutto un interesse pubblico, ultra-individuale, la cui tutela è meglio perseguita da un'autorità amministrativa anziché dall'azione dei privati dinanzi ai giudici ordinari³⁸.

³⁵ v. art. 9 reg. CE 17/62.

³⁶ Si veda art. 9, regolamento n. 17.

³⁷ G. MONTI, *EC Competition law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 6. Cfr., inoltre, P. IANNUCELLI, *Il «private enforcement» del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in *Riv. soc.*, 2006, 4, 721 il quale evidenzia il «sospetto con cui era guardato politicamente un coinvolgimento maggiore delle giurisdizioni nazionali, in nome della superiore necessità di garantire un'applicazione uniforme del diritto comunitario che solo un'autorità centrale sembrava poter garantire».

³⁸ V. G. VETTORI, G. TADDEI ELMI, *Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, in *20 anni di antitrust*, cit., 1047 ss; M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di private public e enforcement in*

L'applicazione dell'art. 85 CEE (poi divenuto 81 TCE) ai sensi del regolamento 17/62 è rimasta invariata fino alla fine degli anni '90 quando con il regolamento 1219/99 è stata esclusa la preventiva notifica per ottenere le esenzioni ex art. 81(3) TCE per gli accordi verticali.

Nonostante non possa negarsi l'importanza degli artt. 85 e 86 CEE e del Reg. 17/1962 per la creazione di una cultura del diritto della concorrenza in Europa e in ciascuno Stato membro dell'allora Comunità economica europea³⁹, il sistema così concepito mostrò tuttavia ben presto alcuni limiti⁴⁰.

L'alto numero di notifiche depositate presso la Commissione per ottenere l'esenzione ex art. 85 § 3 CEE, vista l'eventuale illiceità *ex tunc* delle intese non notificate e la non applicabilità delle sanzioni nel caso di rigetto dell'esenzione e violazione dell'art. 85 § 1 CEE, in uno con scarsità di risorse a disposizione della stessa finirono col paralizzare l'attività di quest'ultima non in grado di esaminare in tempi ragionevoli le questioni sottopostole e, soprattutto, di garantire un adeguato livello di vigilanza sui comportamenti delle imprese finalizzato a sanzionare le più gravi violazioni come i cartelli, gli abusi di posizione dominante o ancora le pratiche restrittive nei settori liberalizzati.

Fino ai primi anni di questo secolo, il livello effettivo di applicazione delle norme antitrust è stato particolarmente contenuto e tra l'altro focalizzato su alcune fattispecie non particolarmente gravi.

L'attenzione della Commissione si è concentrata sulle intese verticali esaminate in quanto potenzialmente di ostacolo per il mercato interno piuttosto che per gli eventuali effetti concorrenziali negativi⁴¹.

materia antitrust, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M.R. Maugeri - A. Zoppini, Il Mulino, 2009, 175 ss.

³⁹ Si v. in tal senso L.F. Pace, *La nascita del diritto della concorrenza in Europa*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. PACE, Napoli, Jovene, 2013, 3 ss. ad avviso del quale «il vero obiettivo e la grande sfida del Reg. 17/1962 era infatti quello di creare una “cultura del diritto della concorrenza” in Europa».

⁴⁰ L.F. PACE, *L'evoluzione della tutela amministrativa della concorrenza nel diritto antitrust comunitario e nazionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, 2, 355 ss.

⁴¹ G. TESAURO, *La funzione deterrente del controllo antitrust*, in *20 anni di antitrust*, cit., 13, mette in evidenza come questa circostanza va correlata al fatto che, a livello comunitario, le disposizioni del Trattato venivano lette più come supporto alla libera circolazione di merci e servizi che come autonoma qualificazione dell'assetto dei mercati e in particolare del mercato comune.

In questo quadro «la lotta ai cartelli era dichiarata, piuttosto che perseguita in modo efficace con divieti e sanzioni e anche le decisioni in materia di abuso di posizione dominante erano piuttosto rare»⁴².

Senza comunque abbandonare il *public enforcement* esistente, si è così avvertita l'esigenza di mettere a punto un sistema per liberare la Commissione dal sovraccarico di lavoro che le derivava dalle competenze detenute in materia antitrust⁴³.

Le istituzioni comunitarie, e in primo luogo la Commissione, nel tempo hanno premuto per una politica di decentramento nell'applicazione del diritto antitrust con conseguente allargamento dei soggetti, pubblici o privati comprese le persone fisiche, chiamati in qualche modo a contribuire a fare emergere e reprimere tali violazioni.

D'altronde, se quando nel 1962 nacque il regolamento 17 non si poteva pretendere che le imprese fossero in grado di regolarsi in materia di concorrenza visto, tra l'altro, che solo in uno degli Stati membri esisteva un'autorità nazionale della concorrenza; dopo oltre 40 anni, non c'era più ragione di considerare quello della concorrenza un ambito nel quale i protagonisti, a differenza di quanto avveniva in tanti altri rami del diritto o dell'economia, fossero incapaci di cogliere e distinguere i motivi di legittimità da ciò che legittimo non era⁴⁴.

In quest'ottica, con il Libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 CE la Commissione ha indicato fra gli obiettivi da raggiungere quello del decentramento nell'applicazione delle regole di concorrenza attraverso un più diretto coinvolgimento e un rafforzamento del ruolo dei giudici e delle autorità garanti nazionali⁴⁵.

⁴² In tal senso F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, cit., 29 ss.; H. NYSENS, N. PECCHIOLI, *Il Regolamento CE n. 1/2003: verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, 2-3, 357.

⁴³ Cfr. Commissione delle Comunità Europee, Libro Bianco sulla Modernizzazione delle regole di attuazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE, 1999.

⁴⁴ M. MONTI, *Relazione introduttiva*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, VI Convegno (Treviso, 13-14 maggio 2004), a cura di E.A. RAFFAELI, Giuffrè, Bruxelles, Milano, 2005, 1 ss.

⁴⁴ G.A. BENACCHIO, *Il private enforcement del diritto europeo antitrust: evoluzione e risultati*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, cit., 17.

⁴⁵ Commissione delle Comunità Europee, Libro Bianco sulla Modernizzazione delle regole di attuazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE, 1999.

Il Reg. 1/2003⁴⁶ – il cui perno centrale è costituito proprio da questo principio – in sostituzione del precedente regime accentrato ha attribuito agli Stati membri, in particolare alle varie autorità garanti amministrative, compiti e funzioni prima appartenute alla Commissione, in merito all'accertamento delle violazioni di cui agli artt. 101 e 102 TFUE e all'applicazione delle relative sanzioni e ha riconosciuto alle giurisdizioni nazionali una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza allo scopo di garantire una diffusione capillare della tutela della concorrenza nella cultura giuridica ed un'efficace applicazione della normativa antitrust⁴⁷.

In particolare ha determinato:

- i) il passaggio da un regime di autorizzazione al regime di eccezione legale con conseguente venir meno della necessità di notifica preventiva alla Commissione delle intese potenzialmente lesive della concorrenza;
- ii) e ha portato al superamento del monopolio della Commissione nell'applicazione degli artt. 81 e 82 (ora 101 e 102 Tfeue) in favore di un criterio di attribuzione della competenza che privilegia la priorità di apertura dell'istruttoria da parte di una piuttosto che di un'altra autorità⁴⁸, e che riserva comunque alla Commissione la possibilità di avocare a sé procedimenti che – deve desumersi – siano ritenuti di particolare importanza per motivi economici o giuridici.

Prendendo come riferimento l'Italia, in forza del nuovo regime, l'Autorità garante (o un giudice) quando si trovino di fronte ad ipotesi di intese o abusi che possano generare effetti sul territorio italiano, ma siano del pari suscettibili, anche in via di ipotesi, di incidere sul commercio comunitario, applica direttamente ed esclusivamente gli artt. 101 o 102 TFUE. Viceversa applicano in via residuale gli

⁴⁶ V. artt. 5 e 6 Reg. 1/2003 del Consiglio, 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato CE, in G.U.C.E. L 1, 4 gennaio 2003.

⁴⁷ Le modifiche sono state radicali rispetto al precedente impianto normativo tanto che tra i primi commenti successivi all'adozione del Libro Bianco sulla Modernizzazione delle norme per l'applicazione degli artt. 85 e 86 del trattato CE che, ha preceduto l'introduzione della direttiva, si è parlato di vera e propria rivoluzione giuridica e culturale. Cfr. C.D. EHLERMANN, *The modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution*, in *CML Rev.*, 2000, 3, 537 ss.

⁴⁸ Così, par. 1 dell'art. 13 del Reg. 1/2003.

artt. 2 e 3, 1. n. 287/1990 laddove sia sin dall'inizio palese che la fattispecie non può nemmeno ipoteticamente incidere sul commercio comunitario.

Il passaggio da una applicazione centralizzata del diritto antitrust comunitario, basata sulle decisioni della Commissione Europea, ad uno che si fonda prevalentemente sulla Rete di autorità nazionali ha condotto, pertanto, ad un cambiamento epocale. Non vi è più una unica autorità, la Commissione Europea, la quale non poteva che applicare la disciplina in modo sporadico e necessariamente selettivo, ma 28 autorità (la Commissione e le 27 autorità nazionali competenti in materia di concorrenza) che applicano in modo certamente più capillare le norme di tutela della concorrenza previste dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

I dati empirici a disposizione sono assai eloquenti al riguardo: per effetto della istituzione della Rete e della nuova geografia dell'*enforcement* da essa prodotta, dal 2004 ad oggi l'85% delle decisioni ai sensi degli articoli 101 e 102 del Trattato si deve all'opera delle autorità nazionali ed il numero di decisioni assunte complessivamente ai sensi del diritto antitrust europeo è aumentato esponenzialmente⁴⁹.

5 Il nuovo corso dell'antitrust *enforcement* europeo e la rivalutazione dei rimedi civilistici

Sebbene, come già osservato dalla Commissione nel Libro Verde⁵⁰, il diritto al risarcimento del danno fosse stato riconosciuto nell'ordinamento comunitario

⁴⁹ Mentre nel periodo 2005-2016 la Commissione ha avviato ai sensi degli articoli 101 e 102 un numero di istruttorie variabili tra le 10 e le 20 ogni anno, nel medesimo periodo le autorità nazionali hanno avviato circa 1700 casi, ossia in media 141,6 casi all'anno. I dati sono riportati nella *Relazione della Commissione alla Proposta di Direttiva*. Sulla rilevanza di questi dati e del contributo delle autorità nazionali, cfr. M. VESTAGER, *Keynote Speech*, in *Cuncurrences' New Frontiers of Antitrust*, Paris, 15 June 2015, ove la Commissaria afferma «since taking up my post last November, one of the happiest discoveries has been the remarkable achievements made jointly by the Commission and national competition authorities in the European Competition Network».

⁵⁰ In tal senso v. Libro verde – Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, Bruxelles, 19 dicembre 2005, COM (2005) 672. Invero già in dottrina (Cfr. A. FRIGNANI, *L'azione inibitoria per violazione di norme antitrust nella CEE e nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. ind.*, 1968, 1, 162) si era rilevato che essendo le norme in materia di intese ed abusi di posizione dominante entrate a far parte dell'ordinamento italiano, esse erano in grado di creare direttamente diritti e doveri in

sin dal trattato di Roma del 1957 e da allora sia sempre stato possibile, per le vittime, rivolgersi al giudice per ottenere ristoro, gli articoli 85 e 86 TCEE non contenevano alcuna previsione espressa in merito a tale possibilità.

In caso di violazione dell'art. 85, la sola sanzione prevista era quella della nullità dell'accordo.

Tale previsione peraltro rappresentava una novità per un trattato internazionale di tale portata⁵¹.

Il Rapporto *Deringer* del Parlamento Europeo, coevo al regolamento numero 17 di attuazione degli artt. 85 e 86 CEE, riconoscendo l'imprescindibilità delle azioni private per l'effettiva applicazione della normativa CE in materia di concorrenza aveva proposto uno studio delle legislazioni nazionali dei sei Stati fondatori per identificare le questioni rilevanti per ulteriori azioni⁵².

A questo rapporto fece seguito nel 1966 lo studio, pubblicato dalla Commissione, *La Réparation des Conséquences Dommageables d'une Violation des Articles 85 et 86 du Traité instituant la CEE* nel quale si affermava che in linea di principio le singole legislazioni nazionali non escludevano la possibilità per i soggetti lesi di far ricorso ai comuni rimedi privatistici previsti dai singoli ordinamenti⁵³.

Nonostante il *XIII rapporto della Commissione sulla politica della concorrenza del 1983*⁵⁴ mettesse in guardia contro l'errata, ma diffusa convinzione che gli allora artt. 85 e 86 CEE potessero essere fatti valere solo da essa, sottolineando i vantaggi pratici in termini di effettività del diritto antitrust connessi

capo ai soggetti di diritto interno, legittimando questi ultimi ad agire con l'azione risarcitoria ogni qualvolta lamentassero un danno derivante dalla violazione della normativa antitrust

⁵¹ A. KOMNINOS, *New prospects for private enforcement of EC competition: Courage v. Crehan and the Community right to damages*, in *CML Rev.*, 2002, 3, 450.

⁵² Rapporto Deringer, Assemblée Parlementaire Européenne, Documents de Séance 1961-1962, 7 septembre 1961, Document 57, par. 123

⁵³ Commissione Europea, *La Réparation des Conséquences Dommageables d'une Violation des Articles 85 et 86 du Traité instituant la CEE*, série Concorrenza n. 1, Bruxelles, 1966 ove si afferma: «Les consultants sont parvenus à la conclusion qu'une violation des règles de concurrence instituées par le Traité ouvre aux personnes lésées par cette infraction des voies judiciaires de droit interne leur permettant d'obtenir réparation sous toutes les formes reconnues par les droits nationaux des six Etats membres : indemnité, action en cessation, astreinte, publication du jugement».

⁵⁴ Commissione Europea, *XIII Rapporto sulla politica di concorrenza*, Bruxelles, 1984, 135.

alla possibilità per i privati di attivare la disciplina antitrust, fino agli anni '90 la prospettiva dei rimedi privatistici è rimasta accantonata⁵⁵.

Nel 1993 la Commissione con la Comunicazione sulla cooperazione tra la Commissione ed i giudici nazionali⁵⁶, pur affrontando il tema della risarcibilità dei danni cagionati da una violazione degli articoli 101 e 102 TFUE e accordando particolare rilievo al rimedio risarcitorio, al quale veniva riconosciuto anche una funzione di *deterrence*, si è limitata ad una mera applicazione del principio della parità di trattamento e non discriminazione ed ha escluso la possibilità che il trattato potesse essere interpretato nel senso di permettere la creazione di nuovi rimedi non previsti dalle legislazioni degli Stati membri⁵⁷.

Ed invero, la natura pubblicistica delle disposizioni in esame (artt. 85 e 86, oggi artt. 101 e 102), da un canto, e la loro appartenenza all'ordinamento comunitario, dall'altro, ha implicato il fraporsi di un duplice ordine di ostacoli in merito alla possibilità di configurare in capo ai singoli una qualche lesione soggettiva suscettibile di dar vita ad un danno ingiusto⁵⁸ (v. *infra* § 8).

Solo negli ultimi anni⁵⁹, ci si è resi conto che l'applicazione complessiva delle norme UE sulla concorrenza è realizzata al meglio attraverso l'utilizzo complementare degli strumenti e delle sanzioni che costituiscono il livello pubblico e di quelli che rappresentano il livello privato⁶⁰.

⁵⁵ V. A. KOMNINOS, *New prospects for private enforcement of EC competition: Courage v. Crehan and the Community right to damages*, cit. 450; S. BASTIANON, *Violazione della normativa antitrust e risarcimento del danno*, in *Danno e resp.*, 1996, 5, 555 il quale scrive che «Nel vasto panorama della letteratura giuridica – europea e municipale – in materia di diritto della concorrenza, il profilo del risarcimento del danno sembra contraddistinguersi per uno strano ed infelice destino: dopo la pubblicazione, nel lontano 1966, di uno studio curato dalla Commissione e relativo al risarcimento dei danni per violazione degli articoli 85 e 86 CE all'interno degli ordinamenti giuridici dei sei Stati fondatori, l'oggetto del presente lavoro è stato ampiamente trascurato e, fors'anche, dimenticato».

⁵⁶ Comunicazione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato CEE, GU C 39 del 13.2.1993. V. anche M. MEROLA, *La cooperazione tra giudici nazionali e Commissione nell'applicazione delle norme comunitarie antitrust*, in *Foro it.*, 1993, IV, 418.

⁵⁷ Su quest'ultimo punto, v. *amplius*, P. IANNUCELLI, *Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, cit., 710.

⁵⁸ E. CAMILLERI, *La tutela del contraente "a valle" di intesa illecita tra giurisprudenza comunitaria e diritto interno*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 1, 57.

⁵⁹ V. Notice on Co-operation between the Commission and the National Courts, OJ C39/6, 1993. V. inoltre Trib., 18 settembre 1992, Causa T 24/90, *Automec Srl v. Commissione*, in *CML Rev.*, 1992, 5, 431. V. Inoltre, P. IANNUCELLI, *Il «private enforcement» del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, cit., p. 722.

⁶⁰ Sull'utilità di un sistema misto di *enforcement*, anche sulla scorta della ben più roduta esperienza nordamericana, cfr., per tutti, M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di private public*

Molteplici ragioni hanno giocato in tal senso: da un lato, il numero sempre maggiore di Stati membri e il conseguente aumento delle possibili violazioni del diritto europeo hanno richiesto un allargamento dei soggetti, pubblici o privati comprese le persone fisiche, in grado di contribuire in qualche modo a fare emergere e reprimere tali violazioni, anche al fine di liberare la Commissione del sovraccarico di lavoro che le derivava dalle competenze detenute in materia antitrust e, dall'altro, hanno reciprocamente assunto sempre maggior importanza gli obiettivi di tutela dei consumatori.

Il *private antitrust enforcement* è nato, dunque, più come meccanismo per favorire il rispetto delle regole comunitarie sulla concorrenza, e dunque sotto il profilo di un rafforzamento della deterrenza generale, che non come strumento civilistico di tutela di posizioni giuridiche soggettive⁶¹.

La necessità di promuovere l'esercizio delle azioni di risarcimento dei danni derivanti da illeciti antitrust, al fine di attuare un efficace sistema di applicazione del diritto della concorrenza all'interno dell'Unione europea, ha rappresentato il filo conduttore di una serie di iniziative della Commissione europea e ha visto coinvolti per circa tre lustri le istituzioni comunitarie nella non facile ricerca di un sistema volto a facilitare l'applicazione del diritto antitrust nell'ambito delle controversie civili promosse davanti ai giudici nazionali.

6 L'apporto della giurisprudenza allo sviluppo del *private antitrust enforcement* europeo: dalle origini alle sentenze *Courage* e *Manfredi*

Il contributo della giurisprudenza è stato sicuramente determinante per l'emersione e i successivi sviluppi del *private enforcement* delle regole

enforcement in materia antitrust, cit., 171 ss. nonché V. MELI, *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 1, 2018, 125 secondo cui «E' evidentemente impossibile per un'autorità amministrativa affrontare tutte le violazioni alle norme antitrust, molte delle quali possono sfuggire alla sua conoscenza o, pur conosciute, non rientrare negli obiettivi prioritari perseguiti, attesa, comunque, la limitatezza delle risorse delle quali la Commissione (ma anche un'autorità nazionale di tutela della concorrenza) può disporre».

⁶¹ G.A. BENACCHIO, *Il private enforcement del diritto europeo antitrust: evoluzione e risultati*, in, *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, cit., 17.

comunitarie di concorrenza, poiché essa ha affrontato alcune delle questioni più delicate e controverse in materia.

Di importanza centrale è la sentenza *Courage*⁶² del settembre 2001 che ha segnato una tappa fondamentale nel cammino che ha condotto alla risarcibilità degli *antitrust damages*.

Con la pronuncia in esame, il giudice lussemburghese, prendendo in esame una serie di questioni pregiudiziali poste dalla *Court of Appeal* inglese in merito all'interpretazione dell'art. 81⁶³, ha riconosciuto espressamente che «la piena efficacia dell'art. [81] del Trattato e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza (...). Un siffatto diritto rafforza (...) il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulate,

⁶² Corte di Giust., 20 settembre 2001, Causa C-453/99, *Courage Ltd v. Crehan*, in in *Racc.*, 2001, I-6297. Per un'analisi più approfondita si vedano, tra gli altri, i seguenti contributi: A.A. ALVIZOU, *Individual Tort liability for infringements of Community Law*, in *Legal issues of Economic Integration*, 2002, 2, 177 ss.; A. JONES, D. BEARD, *Co-contractors, Damages and Article 81: the ECJ finally speaks*, in *ECLR*, 2002, 5, 246 ss.; A. KOMNINOS, *New prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: "Courage v. Crehan" and the Community right to Damages*, cit., 447 ss.; G. MONTI, *Anticompetitive agreements: the innocent party's right to damages*, in *European Law Review*, 2002, 3, 282 ss.; O. ODUDU, J. EDELMAN, *Compensatory damages for breach of Article 81*, in *European Law Review*, 2002, 327 ss.; A. PALMIERI E R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: "chi è causa del suo mal ... si lagni e chieda i danni"*, in *Foro it.*, 2002, IV, col. 76 ss.; B.J. RODGER, *The interface between Competition Law and Private Law: Article 81, Illegality and Unjustified Enrichment*, in *The Edinburgh Law Review*, 2002, 6, 217 ss.; G. ROSSI, *Take Courage! La Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*, in *Foro it.*, 2002, IV, col. 90 ss.; E. SCODITTI, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, in *Foro. It.*, 2002, IV, col. 84 ss.; A. ANDREANGELI, *"Courage Ltd v. Crehan" and the enforcement of Article 81 EC before National Courts*, in *European Competition Law Review*, 2004, 12, 758 ss.; S. DRAKE, *Scope of Courage and the principle of "individual liability" for damages: further development of the principle of effective judicial protection by the Court of Justice*, in *European Law Review*, 2006, 6, 841 ss.

⁶³ Le questioni poste dalla *Court of Appeal* sono le seguenti: «1) Se l'art. 81 CE (ex art. 85) debba essere interpretato nel senso che una delle parti di un contratto illecito di locazione di un bar, contenente una clausola di esclusiva, può far valere tale norma per ottenere una tutela giurisdizionale ("relief") nei confronti della controparte. 2) In caso di soluzione in senso affermativo della questione sub 1), se la parte che chiede una tutela giurisdizionale ("relief") sia legittimata ad ottenere un risarcimento dei pretesi danni subiti a seguito del suo assoggettamento alla clausola contrattuale vietata ai sensi dell'art. 81. 3) Se una norma dell'ordinamento nazionale, ai sensi della quale i giudici non debbono consentire ad un soggetto di far valere propri atti illeciti e/o fondarsi su di essi come presupposto per ottenere un risarcimento danni, debba essere considerata compatibile con il diritto comunitario. 4) Se la soluzione della questione sub 3) sia nel senso che in talune circostanze una siffatta norma possa essere incompatibile con il diritto comunitario, quali siano le circostanze che il giudice nazionale dovrebbe prendere in considerazione».

che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità».

L'evoluzione rispetto alla prassi precedente è evidente. Senza mettere in discussione il principio della competenza esclusiva dei giudici nazionali a concedere nei singoli casi concreti il risarcimento dei danni, la Corte ha precisato, per contro, che la risarcibilità degli *antitrust damages*, ovvero il riconoscimento in capo ai singoli del diritto di invocare una tutela a contenuto risarcitorio in caso di violazione degli artt. 81 e 82, ha il suo presupposto nelle stesse norme del Trattato, la cui piena efficacia risulterebbe compromessa ove i divieti posti non fossero accompagnati dalla possibilità per i danneggiati di agire per il risarcimento dei danni subiti⁶⁴.

Si supera così il principale ostacolo verso l'applicazione del *private enforcement* legato alla tradizionale giurisprudenza della Corte di giustizia secondo cui in mancanza di una disciplina comune spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e fissare le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario (c.d. principio della competenza esclusiva), con l'unico limite rappresentato dal fatto che tali modalità non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (c.d. principio di non discriminazione) e non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (c.d. principio di effettività)⁶⁵.

⁶⁴ L. TONELLI, *Intesa antitrust e risarcimento dei danni*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 3, 673 ss. È opportuno qui ricordare che ancora nel 1994, la Corte di Giustizia, nella sentenza *Banks* (causa C-128/92 del 13 aprile 1994), escludeva - seppur con riferimento alle disposizioni relative alle intese e all'abuso di posizione dominante contenute nel Trattato CECA - che le disposizioni citate potessero fare sorgere in capo ai singoli diritti da far valere direttamente dinanzi ai giudici nazionali.

⁶⁵ Corte giust., 16 dicembre 1976, Causa C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, in *Racc.* 1976, 1989; ID., 7 luglio 1981, Causa C-158/80, *Rewe et al. v. Hauptzollamt Kiel*, in *Racc.* 1981, 1805. Sul punto v. inoltre S. BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione*, in *Merc. conc. reg.*, 2006, 2, 322.

In realtà non dobbiamo dimenticare che non è affatto una novità che gli articoli 81 e 82 del Trattato CE debbano essere direttamente applicati da qualunque giurisdizione nazionale. Già con la sentenza *Van Gend & Loos* la corte aveva definito quello dell'Unione come “un ordinamento di nuovo tipo” dal quale discendono diritti e obblighi in capo alle persone direttamente dai Trattati.

Ancor prima della sentenza sul caso *Courage*, nel 1974, decidendo il caso *BRT/SABAM*, la Corte ha, inoltre, riconosciuto che «per loro natura, i divieti sanciti dagli artt. 85, n. 1, e 86 (ora 101 e 102 TFUE) sono atti a produrre direttamente degli effetti nei rapporti fra i singoli» e che «detti articoli attribuiscono direttamente a[i][singoli] dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare»⁶⁶.

Infine, con la sentenza *Francovich*⁶⁷ ha statuito che la piena efficacia delle norme comunitarie e la piena tutela dei diritti da esse riconosciuti sarebbero messe a repentaglio se i singoli individui non potessero ottenere un risarcimento in caso di lesione dei loro diritti a causa di una violazione delle norme comunitarie imputabile ad uno Stato membro.

La sentenza *Courage* è dunque l'epilogo di tale evoluzione giurisprudenziale e non fa altro che applicare espressamente tali principi al campo dell'illecito *antitrust*.

Infatti la Corte, nel motivare la sua decisione, non ha fatto altro che ribadire che gli artt. 81 e 82 del Trattato «producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuiscono direttamente a questi dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare», per poi affermare che la piena efficacia e l'effetto utile di tali norme sarebbero messi a rischio se al singolo danneggiato non fosse riconosciuta la possibilità di agire per il risarcimento ed infine, sulla base di tali argomentazioni, ha per la prima volta riconosciuto in maniera espressa che “*chiunque*” può chiedere «il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza».

⁶⁶ Corte giust., 30 gennaio 1974, Causa C-127/73, *Belgische Radio en Televisie v. SV Sabam e NV Fonio*, in *Racc.* 1974, 313.

⁶⁷ Corte giust., 19 novembre 1991, Cause riunite C 6/90 e C 9/90, *Francovich e a. v. Italia*, in *Racc.* 1991, I-5357.

La pronuncia *Courage* ha però lasciato aperti numerosi dubbi in merito alla configurazione del rimedio risarcitorio tra cui quello relativo all'individuazione dei legittimati ad agire. La corte ha affermato che «qualsiasi singolo» è legittimato all'azione risarcitoria dal diritto comunitario, in virtù del principio della *full effectiveness of Community law*. Tuttavia non ha chiarito quali siano i soggetti legittimati ad esperire una simile azione⁶⁸ con il conseguente rischio che, in assenza di diverse indicazioni, tale principio avrebbe potuto portare, se interpretato estensivamente, a riconoscere il risarcimento indipendentemente da qualsiasi criterio di *proximity*, con il risultato di stravolgere, limitatamente al danno antitrust, i sistemi nazionali di responsabilità civile in merito agli stessi presupposti di risarcibilità del danno, ottenendosi così un effetto di *over-deterrence*, mentre se interpretato restrittivamente avrebbe potuto comportare, come in effetti è accaduto nel caso *Arkopharma*⁶⁹, la negazione per carenza del nesso causale, del ristoro dei danni in capo ai contraenti diretti dell'autore dell'illecito per il solo fatto che questi avevano la possibilità di traslare il danno a valle.

Com'è noto a questa sentenza ne sono seguite altre che hanno ancor più precisato la portata e delineato le caratteristiche principali dell'azione di risarcitoria.

Nel 2006 con la sentenza Manfredi⁷⁰, richiamando *Courage*, la Corte ha ribadito che l'efficacia dell'art. 81 Tratt. CE (ora 101 TFUE) sarebbe messa in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco

⁶⁸ Sul punto v. M. MAUGERI, *Risarcimento del danno e diritto antitrust: le prospettive comunitarie*, in, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., 153 ss.; P. IANNUCELLI, *Il «private enforcement» del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, cit. 733.

⁶⁹ Si tratta del caso affrontato dalla giurisprudenza francese a seguito della decisione con la quale la Commissione ha inflitto ad alcune società farmaceutiche (fra cui Hoffmann-La Roche) una multa record per un cartello nel mercato dei prodotti vitaminici (Commissione europea, caso Comp/E-1/37.512): la società Arkopharma, che si era approvvigionata dei prodotti vitaminici per la produzione di integratori alimentari, aveva agito per il risarcimento dei danni da sovrapprezzo chiamando in giudizio la Hoffmann-La Roche, ma il Tribunal de Commerce de Nanterre (11.5.2006, caso 2004 F02643), rilevando che la Arkopharma avrebbe potuto trasferire sui consumatori finali il sovrapprezzo, ha respinto la domanda per assenza del nesso di causalità.

⁷⁰ Corte di Giustizia, 13 luglio 2006, cause da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi e a. v. loyd Adriatico Assicurazioni SpA e a.*, in *Racc.*, 2006, I-6619, § 89

della concorrenza, laddove esista un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa (o una pratica) vietata.

La decisione *Manfredi* può essere letta come una esplicitazione ed un chiarimento del concetto di “*any individual*” contenuto in *Courage*⁷¹, il cui principio cardine viene esteso anche ad ipotesi diverse dalle intese verticali e a legittimati diversi dalle parti complici dell'illecito: in un caso di cartello il consumatore - e, quindi, davvero chiunque - ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando esiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o pratica vietata dall'art. 81 del Trattato CE.

In assenza di un'apposita disciplina comunitaria, precisa la Corte, spetta ai singoli ordinamenti interni stabilire, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività, le regole relative all'esercizio di tale diritto (condizioni esecutive), ivi comprese quelle relative alla nozione di nesso causale, alla disciplina dei termini di prescrizione, al riparto di competenze tra giudici e agli eventuali danni punitivi.

La sentenza in commento pur ponendosi in continuità con la precedente, rispetto ad essa si caratterizza per aver dato vita un sistema ben distinto da quello statunitense e fondato soprattutto sulla funzione compensativa del risarcimento anziché su quella deterrente, come emerge dalla circostanza che, pur non affrontando nel dettaglio la questione della funzione del risarcimento, oltre a legittimare all'azione i consumatori finali danneggiati, afferma che il risarcimento deve essere completo, ossia pari ai danni subiti, e sottolinea ripetutamente la necessità della presenza di un nesso casuale tra danno e violazione delle norme antitrust⁷².

⁷¹ Cfr. par. 60-64. In tal senso M. COLANGELO, *Le evoluzioni del private enforcement: da Courage al libro bianco*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 3, 655.

⁷² G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza*, cit., 2014, 200. In tal senso ha concluso inoltre l'Avvocato Generale L. A. Geelhoed, affermando che può proporre l'azione risarcitoria «il terzo titolare di un interesse giuridicamente rilevante».

7 Le iniziative della Commissione europea: il Regolamento CE 1/2003, il Libro Verde e il Libro Bianco

L'opera della Corte di Giustizia non è rimasta isolata. Sulla scorta delle tesi, sopra ricordate, favorevoli alla privatizzazione del sistema rimediale del diritto della concorrenza, nel frattempo, infatti, anche a livello legislativo la Commissione si attivata per disciplinare la materia del risarcimento dei danni antitrust.

Il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, divenuto applicabile a partire dal 1° maggio 2004, sostituendo il precedente Regolamento n. 17/1962, ha riformato in misura significativa le regole di applicazione del diritto antitrust comunitario con l'obiettivo di semplificare e rafforzare, all'interno della Comunità, l'azione di deterrenza e di contrasto nei confronti delle intese e dei comportamenti d'impresa restrittivi della concorrenza.

Il Regolamento non contiene in realtà nemmeno una norma diretta a disciplinare e specificare i rimedi civili esperibili o comunque idonea a incidere sulla effettività della tutela civile, tuttavia presenta molti spunti favorevoli al *private enforcement*⁷³. Infatti mentre la precedente disciplina non faceva alcun riferimento al versante dei rimedi privatistici contro le pratiche anticoncorrenziali, esso ha evidenza la funzione complementare dei due meccanismi di *enforcement* e contiene, agli articoli 15 e 16, alcune disposizioni per il loro coordinamento⁷⁴.

Inoltre, al considerando 7 mette chiaramente in luce l'importanza della tutela risarcitoria nelle controversie fra privati demandando alle giurisdizioni nazionali la tutela dei diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni.

⁷³ G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. il modello americano e la proposta di direttiva ue del 2013*, cit., 213.

⁷⁴ *Contra* v. T. EILMANSBERGER, *The green paper on damages actions for breach of the EC Antitrust rules and beyond: reflections on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action*, in *CML Rev.*, 2007, 2, 434 ad avviso del quale «*Regulation 1/2003 so far does not appear to have brought about any significant increase in either defensive or offensive private antitrust litigation either. Hopes for such an increase appear ill-founded. Regulation 1/2003 does not contain a single provision which would in any way facilitate such actions*».

Dopo l'emanazione del Regolamento 1/2003 si è sviluppato un acceso dibattito all'interno della Comunità proprio sull'importanza di questo tipo di azioni.

Ciò in linea con la sempre più crescente tendenza dell'Unione a disciplinare direttamente i rapporti inter-privati e contrattuali con regole che attribuiscono rimedi civili ai singoli consumatori in funzione di regolazione del mercato e di tutela, a un tempo, dell'interesse individuale del consumatore e dell'interesse generale alla concorrenzialità del mercato⁷⁵.

Analogamente, la comunicazione sul trattamento delle denunce ha espressamente enunciato «che il nuovo sistema instaurato dal regolamento n. 1/2003 aumenta per i denuncianti le possibilità di chiedere e ottenere una tutela efficace dinanzi alle giurisdizioni nazionali»⁷⁶.

L'allora commissario per la Concorrenza Mario Monti nel 2004 ha poi sottolineato l'opportunità di incoraggiare lo sviluppo del *private enforcement* delle norme sulla concorrenza⁷⁷ al fine di ottenere un miglior funzionamento del mercato interno e della competitività dell'economia in quanto: *i)* maggiori azioni di risarcimento del danno da parte dei privati avrebbero una funzione di forte deterrenza e contribuirebbero ad una effettiva applicazione delle regole della concorrenza; *ii)* incrementare le azioni risarcitorie svilupperebbe una cultura della concorrenza fra i partecipanti del mercato, compresi i consumatori; *iii)* le azioni di risarcimento del danno proposte dai singoli privati potrebbero svelare infrazioni che la Commissione e le autorità di concorrenza nazionali non hanno perseguito, così allargando il campo d'azione della normativa antitrust.

⁷⁵ G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. il modello americano e la proposta di direttiva ue del 2013*, cit. 183.

⁷⁶ Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli artt. 81 e 82 del Trattato, in «GUCE» del 27 aprile 2004, C 101, p. 65.

⁷⁷ M. MONTI, *Private litigation as a Key Complement to Public Enforcement of Competition Rules and the First Conclusions on the Implementation of the New Merger Regulation*, speech n. 4/403, 17.9.2004, IBA-8 Annual Competition Conference, Fiesole, 17 Settembre 2004.

Anche la comunicazione della Commissione europea sulla cooperazione con i giudici nazionali⁷⁸ si è preoccupata del coordinamento dei due canali chiarendo che «le giurisdizioni nazionali possono essere chiamate ad applicare gli articoli 81 o 82 in controversie tra privati, quali azioni relative a contratti o azioni per danni».

Il rapporto *Ashurst*⁷⁹, condotto nel 2005 dalla *law firm Ashurst* su incarico della Commissione europea, se da un lato ha messo in luce la situazione di «totale sottosviluppo» del c.d. *private enforcement*⁸⁰; dall'altro ha evidenziato, ancora una volta dopo il regolamento 1\2003, la volontà della Commissione di mettere a punto correttivi atti ad incentivarlo.

Consapevole delle difficoltà esistenti il libro verde⁸¹ e il documento di lavoro⁸² si sono posti l'obiettivo di «individuare i principali ostacoli all'attuazione di un sistema più efficace per l'introduzione delle domande di risarcimento del danno e proporre vari spunti di riflessione e di possibile intervento per agevolare la proposizione di azioni di risarcimento del danno, siano esse azioni di seguito (ad esempio, azioni civili proposte dopo che un'autorità garante della concorrenza ha accertato una violazione) o azioni indipendenti (ossia azioni che non fanno seguito ad un precedente accertamento da parte di un'autorità garante della concorrenza di una violazione della normativa sulla concorrenza)»⁸³.

Dopo una disamina degli scopi, dei vantaggi e degli ostacoli connessi alle azioni promosse dai privati, il documento di lavoro nelle sezioni successive affronta, fra le altre, le problematiche relative all'accesso alle prove, al requisito della colpa, alla quantificazione dei danni, alla traslazione del danno e alla

⁷⁸ V. Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE (Testo rilevante ai fini del SEE), Gazzetta ufficiale n. C 101 del 27/04/2004.

⁷⁹ D. Waelbroeck, D. Slater, G. Even-Shoshan, Ashurst, Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules: Comparative Report, Brussels 31 Aug. 2004.

⁸⁰ Si veda in tal senso R. PARDOLESI, *Privatizzare l'antitrust? Verso una nuova dimensione del private enforcement nel diritto della concorrenza*, in *Poteri e garanzie nel diritto antitrust*, a cura di G. BRUZZONE, Il Mulino, Bologna, 2008, 200 ss..

⁸¹ Libro verde – Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, cit.

⁸² EC Commission staff working paper annex to the Green Paper damages actions for breach of the EC antitrust rules, Brussels, 19 December 2005, SEC (2005) 1732.

⁸³ Libro verde – Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, cit, para 1.3.

legittimazione ad agire dei consumatori, alla tutela degli interessi dei consumatori, ai costi delle azioni, al coordinamento tra l'applicazione della normativa antitrust da parte dei privati e delle autorità pubbliche, alla giurisdizione e alla legge applicabile.

Secondo l'impostazione della Commissione le azioni risarcitorie avrebbero dovuto rispondere ad un duplice obiettivo: risarcire coloro che hanno subito un danno a causa di un comportamento anticoncorrenziale e, in secondo luogo, assicurare, attraverso la disincentivazione delle condotte anticoncorrenziali, la piena efficacia delle norme antitrust previste dal Trattato.

Il modello prescelto, pertanto, risultava improntato ad una logica deterrente e sanzionatoria⁸⁴.

Consapevole degli ostacoli giuridici e procedurali ancora esistenti, determinati dalle norme degli Stati membri che disciplinano le azioni di risarcimento del danno da violazione delle norme antitrust davanti ai giudici nazionali⁸⁵, nel 2008 la Commissione ha pubblicato il Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie⁸⁶.

Il Libro Bianco va letto congiuntamente al documento di lavoro della Commissione sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme comunitarie antitrust (il "Documento di Lavoro"), che illustra in modo dettagliato le considerazioni alla base dello stesso e che procede ad una breve disamina

⁸⁴ V. in particolare l'opzione sub 16, che in caso di cartelli orizzontali prospetta la possibilità di pervenire ad una quantificazione «doppia» del danno e l'opzione sub 17, che prevede di far maturare gli interessi a partire dalla data della violazione della disciplina antitrust invece che da quella del pregiudizio. Sul punto si veda S. BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione*, cit., 328 secondo il quale «Se [...] l'applicazione delle norme antitrust ad opera dei privati tende in ultima analisi a rafforzare il rispetto delle regole del gioco prevenendo il verificarsi di comportamenti illeciti, ciò significa che la finalità compensativa dovrà svolgere il ruolo di obiettivo di breve periodo, mentre la finalità deterrente dovrà costituire l'obiettivo ultimo del generale sistema di attuazione della normativa antitrust».

⁸⁵ Cfr. Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, Bruxelles, 2 aprile 2008, COM (2008) 165, p. 2. Si veda S. F. MARCOS, A.S. GRAELLS, *Towards European Tort Law? Damages Actions for Breach of Antitrust Rules: Harmonizing Tort Law through the Back Door?*, in *Eur. rev. priv. law*, 2008, 3, 469, i quali affermano «*Tort law is not harmonized at the European level. Both substantive and procedural regulations vary substantially across EU Member States. Such regulatory diversity is inevitably reflected in the field of antitrust private enforcement*». V. inoltre W. VAN GERVEN, *Of Rights, Remedies and Procedures*, in *CML Rev.*, 2000, 3, 536.

⁸⁶ Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, cit.

dell'*acquis* comunitario già esistente nonché alla Relazione sulla Valutazione di Impatto ("la Relazione") che analizza i costi e i benefici potenziali della varie opzioni strategiche e la sintesi di detta relazione.

Esso risulta incentrato esclusivamente sul versante dei rimedi risarcitori esperibili dinnanzi ai giudici nazionali e, dunque, sul sistema del *private enforcement* e si occupa dei temi della legittimazione ad agire, dell'accesso alle prove, della vincolatività delle decisioni delle Autorità nazionali, della definizione e quantificazione dei danni, del termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione e del recupero delle spese legali.

Con il Libro Bianco accogliendo in pieno le indicazioni della sentenza Manfredi, compie un cambio di rotta nella definizione del processo di privatizzazione del diritto antitrust europeo adottando un approccio volto soprattutto alla compensazione⁸⁷. Per rimanere fedele alla logica compensativa, esso risulta, infatti, improntato su regole funzionali alla compensazione e alla riparazione dei danni e a differenza del Libro Verde che ipotizzava anche una soluzione volta a quantificare i danni in misura doppia rispetto al concreto pregiudizio subito dal danneggiato ha espressamente vietato i danni punitivi ritenendoli addirittura in contrasto con l'ordine pubblico economico di molti stati membri.

⁸⁷ Il Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, del 2.4.2008, cit., e l'allegato Commission Staff Working Paper riaffermano l'importanza di sviluppare il *private antitrust enforcement* sia per garantire la riparazione e la compensazione delle vittime sia in termini di effetto deterrente, tuttavia, diversamente dal Libro Verde del 19.12.2005, cit., precisano che l'integrale compensazione/riparazione delle vittime costituisce l'obiettivo principale, mentre l'effetto deterrente rappresenta una conseguenza, importante ma non primaria, del risarcimento. Tant'è vero che si precisa anche che i rimedi di *public enforcement* devono continuare a essere applicati in maniera incisiva proprio per garantire tale effetto (v. Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust, cit., p. 3 e l'allegato Commission Staff Working Paper, Brussels, 2.4.2008 SEC(2008) 404, 7-12). Su questo ripensamento verso un modello compensatorio vedi M. MAUGERI, *Risarcimento del danno e diritto antitrust: le prospettive comunitarie*, cit., 168.

8 Dalla proposta di Direttiva del 2009 alla direttiva 2014/104 UE

Sulla scia del Libro Bianco, nel 2009 è stata presentata dalla Commissione una prima proposta di direttiva in materia che, a causa delle pesanti critiche da più parti ricevute⁸⁸, è stata ritirata. Pur non essendo questa la sede adatta per la completa e approfondita disamina del contenuto della proposta, va detto che la stessa contemplava la possibilità di azionare le pretese risarcitorie sia in via individuale che attraverso un procedimento collettivo, nelle forme di un'azione rappresentativa (art. 6) o di un'azione di gruppo (art. 5).

Ed, inoltre, agli artt. successivi disciplinava gli aspetti relativi *i)* all'accesso alle prove (art. 8); *ii)* al trasferimento del sovrapprezzo (art. 11); *iii)* agli effetti vincolanti delle decisioni assunte dalle autorità antitrust nazionali (art. 13); *iv)* all'imputazione delle condotte illecite (art. 14); *v)* ai termini di prescrizione (art. 15).

Questo ritiro, secondo la dottrina, può essere spiegato dalla scelta dell'articolo 103 del TFUE come base giuridica della direttiva, che conferisce al Parlamento europeo solo un ruolo consultivo nel processo legislativo e dalla previsione di una *class actions* di impronta nordamericana, e cioè di tipo *opt-out* e basata sul sistema della divulgazione predibattimentale e del risarcimento cumulativo dei danni, difficile da conciliare con le tradizioni giuridiche europee⁸⁹.

La necessità di ottimizzare l'interazione fra l'applicazione a livello pubblico e a livello privato del diritto della concorrenza, e di garantire ai soggetti danneggiati da infrazioni delle norme UE sulla concorrenza un pieno risarcimento

⁸⁸ Si vedano ad esempio le osservazioni di Confindustria disponibili sul sito: [http://www.confindustria.it/Aree/DocumentiPub.nsf/4AAE9C6D12658F2EC12575C20048D9B2/\\$File/Osservazioni%20Confindustria%20draft%20private%20enforcement%2030-09-09.PDF](http://www.confindustria.it/Aree/DocumentiPub.nsf/4AAE9C6D12658F2EC12575C20048D9B2/$File/Osservazioni%20Confindustria%20draft%20private%20enforcement%2030-09-09.PDF).

⁸⁹ S. BASTIANON, *La tutela privata antitrust in Europa: dove siamo e dove stiamo andando?*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 5, 1424 ss; Editorial Comment, *"One bird in the hand..." The Directive on damages actions for breach of the competition rules*, in *CML Rev.*, 2014, 5, 1337; N. DUNNE, *The Role of Private Enforcement within EU Competition Law*, in *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, No 36/2014. A riprova di quanto detto v. F. R. DAL POZZO, *La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust. Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement o occasione mancata?*, in <http://rivista.eurojus.it/la-direttiva-sul-risarcimento-del-danno-da-illecito-antitrust-armonizzazione-delle-regole-nazionali-in-tema-di-private-enforcement-o-occasione-mancata/> secondo il quale: «non a caso, la direttiva appena adottata non contiene disposizioni in tema di *class actions* (il *considerando* tredicesimo sostiene l'inopportunità di imporre agli Stati membri l'introduzione di meccanismi di ricorso collettivo per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE) che sono, viceversa, oggetto di un approccio orizzontale».

per il danno subito, ha indotto la Commissione a proseguire nel suo lavoro presentando l'11 giugno 2013 una proposta di direttiva al Parlamento⁹⁰, che, con emendamenti, l'ha approvata in prima lettura. Il testo della Direttiva approvato dal Consiglio il 10 novembre 2014 con il voto favorevole di 25 Stati membri è entrato in vigore il 25 dicembre 2014.

All'approvazione si è pervenuti dopo che il 16 ottobre 2013 il Comitato economico e sociale ha presentato il proprio parere⁹¹ e dopo che mediante contatti informali (i c.d. “triloghi”) è stato raggiunto un accordo politico in prima lettura fra le istituzioni dell'UE sfociato in un testo di compromesso finale concordato dai rappresentanti del Parlamento europeo e dei governi degli Stati membri che è stato poi formalmente “accettato” dal Parlamento europeo con risoluzione del 17 aprile 2014⁹².

Per superare le difficoltà che si erano frapposte all'approvazione della proposta del 2000 il legislatore dell'Unione ha rinunciato ad un'armonizzazione degli ordinamenti degli Stati membri in merito alle procedure di ricorso collettivo, limitandosi a raccomandare⁹³ a questi ultimi di istituire, entro il luglio del 2015,

⁹⁰ Proposta di direttiva del parlamento europeo e del consiglio relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, Strasburgo, 11.6.2013, COM(2013) 404.

⁹¹ Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea COM(2013) 404 final — 2013/0185 (COD).

⁹² Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 17 aprile 2014 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea (COM(2013)0404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD))

⁹³ Ciò emerge chiaramente da due documenti: i) la raccomandazione 2013/396/UE in G.U.U.E. 26.7.2013, L 201/60 relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione con cui la Commissione ha dettato una serie di principi comuni, disciplinanti meccanismi di ricorso collettivo negli Stati membri con l'obiettivo di garantire un approccio orizzontale coerente in grado di permettere di instaurare norme comuni sui ricorsi collettivi per tutti gli ambiti in cui spesso il danno è diffuso e in cui i consumatori e le PMI hanno difficoltà nell'ottenere un risarcimento ii) la comunicazione “Verso un quadro europeo in materia di ricorsi collettivi” (COM(2013) 401 def.), entrambe datate 11 giugno 2013.

La scelta di uno strumento poco incisivo quale la raccomandazione è stata criticata dalla dottrina, la quale ritiene che l'assenza di un obbligo di recepimento per i legislatori nazionali lo scenario resterà pressoché invariato. V. C. CAUFFMAN, N. PHILIPSEN, *Who does what in competition law: harmonizing the rules on for damages for infringements of the EU competition rules*, in *Maastricht European Private Law Institute Working Paper*, No. 2014/19, November 2014, disponibile al sito <http://ssrn.com/abstract=2520381>, 25 s. Viceversa R. CISOTTA, *The evolving framework for anitrust*

sistemi nazionali di ricorso collettivo, inibitori e risarcitori, in caso di violazioni dei diritti conferiti dalla legislazione dell'UE fra i quali figurano, in particolare, quelli nel campo della protezione dei consumatori, della concorrenza, della tutela dell'ambiente e dei servizi finanziari.

9 L'esperienza giuridica dell'antitrust nel nostro Paese

La disciplina della concorrenza, così come è stata concepita originariamente nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea e poi traslata nel TFUE, è ormai frutto di un complesso di regole situate a più livelli; appare perciò opportuna l'analisi della situazione italiana.

Nonostante i primi tentativi di introdurre una disciplina antimonopolistica risalgano nel nostro Paese agli anni '50, quando fu presentato il progetto di legge n. 2076 sulla «tutela della libertà di concorrenza»⁹⁴, fino al 1990 il nostro ordinamento era privo di una normativa sulla concorrenza e l'unica disciplina applicabile era, pertanto, quella contenuta nelle norme del Trattato Istitutivo della comunità economica europea.

Sebbene la concorrenza non possa considerarsi bene privo di copertura costituzionale, fino agli anni '90, il nostro sistema economico era caratterizzato da una forte presenza dello stato nell'economia, il cui intervento veniva giustificato dal limite dell'utilità sociale sancito all'art. 41 Cost., sulla base di un modello che nell'idea dei costituenti, di fronte a un monopolio privato avrebbe legittimato non il suo smantellamento, ma la sua trasformazione in monopolio pubblico⁹⁵.

In questo clima nel 1961 la Commissione Parlamentare d'inchiesta sulla Concorrenza, presieduta dall'On. Roberto Tremelloni (socialdemocratico), nel

damages actions and collective redress in the European Union: a first assessment, in *dir. comm. int.*, 2014, 3, 744 ritiene che la Commissione avrebbe appositamente preferito uno strumento di soft Law proprio al fine di consentire agli Stati membri di poter sperimentare in maniera graduale il nuovo istituto dell'azione collettiva, riservandosi la possibilità di valutare negli anni successivi (quattro dopo la pubblicazione) e intervenire nuovamente maniera più incisiva (Cfr. Consideranda nn. 26 e 41 della Raccomandazione)

⁹⁴ Il testo del progetto, relazione ministeriale ed il parere del CNEL sono riportati in *riv. soc.* 1959, 1002 ss, 1960, 406, 414 ss. Sul punto si vedano gli studi di E. MINOLI, A. DE VALLES, B. LEONI e A. BARGONI, in *Diritto dell'econ.*, 1960, 156 ss.

⁹⁵ G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, *Quaderni Cost.*, 1992, 12.

1965 dopo quattro anni di lavoro, concluse che “non esistevano” nel paese “preoccupanti alterazioni concorrenziali” e si allontanava l’idea di formare una sorta di Autorità Garante, ossia una Commissione per la Tutela della Concorrenza.

Non veniva nemmeno presa in considerazione l’idea che oltre ai soggetti protetti dalle norme di concorrenza sleale, potessero esistere ulteriori soggetti passibili di subire un danno antitrust, nonostante dagli artt. 85, 86 e 90 del Trattato CE potesse cogliersi agevolmente che i beneficiari ultimi dell’osservanza dei divieti di intese illegittime e abusi di posizione dominante erano anche i consumatori⁹⁶.

E’ chiaro, pertanto, che in questa cornice, lo spazio per le azioni risarcitorie da parte dei privati lesi in caso di violazione della normativa concorrenziale era davvero ridotto.

Questo a causa di una concezione, cara ad una parte rilevante della dottrina, secondo la quale le norme aventi natura amministrativa (tra cui, appunto, quelle a tutela della concorrenza), essendo unicamente preposte alla tutela di un pubblico interesse, e non avendo dunque tra le loro finalità la tutela di un interesse economico qual è in particolare quello del privato, non sarebbero in grado di far sorgere in capo a quest’ultimo un diritto soggettivo assoluto la cui lesione sia tale da giustificare il risarcimento del danno⁹⁷.

Su questa scia, gli incaricati per l’Italia in seno al gruppo di ricerca sul risarcimento del danno da violazione antitrust, istituito dalla Commissione europea negli anni 60, proposero di ravvisare nella violazione della normativa anticoncorrenziale comunitaria anche un atto di concorrenza sleale, rilevante ai

⁹⁶ In tal senso v. A. FRIGNANI, *L’azione inibitoria per violazione di norme antitrust nella CEE e nell’ordinamento italiano*, cit., 161 il quale evidenzia che a differenza delle norme in materia di concorrenza sleale, la cui applicazione è circoscritta ai casi in cui sia il soggetto attivo sia il soggetto passivo siano due imprenditori concorrenti, la normativa antitrust, perseguendo finalità pubblicistiche, può essere invocata non soltanto dai concorrenti, ma «anche (e soprattutto) dai consumatori, dagli Stati e da ogni altra persona fisica e giuridica che vi abbia interesse».

⁹⁷ Sul punto si v. G. GUGLIELMETTI, *Violazione di norme di diritto pubblico e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, 7-8, 249 ss.

sensi dell'art. 2598 n. 3 c.c., per lesione di quel «diritto all'avviamento» che la normativa in tema di concorrenza riconosce in capo all'imprenditore⁹⁸.

Solo con la legge 10 ottobre 1990, n. 287, giunta al traguardo con il ritardo di un secolo esatto rispetto alla prima legge in materia degli Stati Uniti d'America e di svariati decenni rispetto alle corrispondenti norme comunitarie e di gran parte degli altri paesi europei, l'Italia si è dotata di una disciplina a tutela della concorrenza⁹⁹.

Prima di tale momento alle sole imprese operanti su scala internazionale era già applicabile la normativa comunitaria (poiché le loro condotte e i loro atti erano reputati tali da integrare il requisito della «influenza al commercio comunitario» stabilito dagli artt. 101 e 102 del Trattato).

L'introduzione di una legge della concorrenza nel nostro Paese può essere vista come la conseguenza, più o meno necessitata, della scelta di integrazione della nostra economia nel più ampio contesto europeo¹⁰⁰. Al riguardo, infatti, non possono essere taciute le fortissime pressioni degli organi comunitari finalizzate a spingere l'Italia a dotarsi di regole a tutela della concorrenza moderne, efficienti e in armonia con quelle comunitarie e degli altri Stati membri¹⁰¹.

La legge 287/90, non solo è nata sotto l'influenza della normativa comunitaria, ma ne recepisce i principi: molte norme della disciplina nazionale ripetono infatti alla lettera le disposizioni comunitarie, ed, inoltre, il IV comma dell'art. 1 specifica che l'interpretazione delle norme contenute nel titolo I della

⁹⁸ Sul punto G. ROTONDI, *Il risarcimento dei danni derivanti da una violazione degli artt. 85 e 86 del trattato che istituisce la CEE*, in *Collana Studi, Serie Concorrenza*, n.1, Bruxelles, 1966.

⁹⁹ Prima di questo intervento nell'ambito delle nazioni aderenti all'OCSE l'Italia era l'unico membro, unitamente alla Turchia, privo di una normativa nazionale antitrust.

¹⁰⁰ A. TIZZANO, *Il contributo dei giudici dell'Unione europea allo sviluppo del diritto della concorrenza, in 20 anni di antitrust*, cit., 85 ss. Si veda inoltre A. PERA, *Vent'anni dopo: l'introduzione dell'antitrust in Italia*, in *Conc. Merc.*, 2010, 442 il quale fa notare che nonostante non possa negarsi «l'influenza del vento comunitario nel determinare l'introduzione nel nostro paese della normativa antitrust (...) l'esperienza dell'espansione dell'intervento pubblico negli anni '60 e '70 non ha solo avuto l'influenza di ritardare l'introduzione della normativa, ma di far sì che quando l'interesse per essa si è riaperto, essa è stata orientata dal desiderio di contribuire nella maniera più efficace possibile alla liberalizzazione dell'economia».

¹⁰¹ F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, cit., 23 ss.

legge stessa va fatta «in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza»¹⁰².

Sulla falsariga delle corrispondenti disposizioni comunitarie, oggetto di disciplina sono le intese, le posizioni dominanti e le concentrazioni imprenditoriali; condotte che la legge non si limita a regolare, ma altresì a controllare – attraverso un'apposita Autorità – e, in taluni casi, a vietare.

10 Il rimedio risarcitorio nei disegni di legge che hanno preceduto la normativa interna antitrust

Secondo parte della dottrina¹⁰³ già il primigenio progetto legislativo n. 2076 sulla «tutela della libertà di concorrenza»¹⁰⁴ conteneva all'art. 12 una disposizione che prevedeva la possibilità per i privati lesi da condotte anticoncorrenziali di richiedere il risarcimento dei danni subiti.

La stessa relazione ministeriale al progetto, per giustificare la concessione al privato dell'azione pur nel caso di ottemperanza alla diffida, osservava che «il privato può avere interesse all'accertamento dell'illiceità ai fini di promuovere giudizi civili per il risarcimento del danno cagionatogli dall'intesa illecita».

Contro una simile interpretazione si rilevava che l'azione concessa al privato dall'art. 12 fosse solo quella «per l'accertamento dell'illiceità dell'intesa o dell'abuso di posizione dominante», e non già l'azione di responsabilità aquiliana¹⁰⁵, posto che comunque l'ottemperanza alla diffida non avrebbe potuto considerarsi un riconoscimento da parte del destinatario dell'illiceità dell'intesa.

I due successivi disegni di legge risalenti alla fine degli anni '80 e antesignani del legge 287 del 1990 – nonostante le diverse impostazioni e le

¹⁰² In tal senso L. CASTELLI, *Recenti interventi comunitari in materia di risarcimento del danno da violazione di norme antitrust: riflessi sulla disciplina nazionale*, in *Giur. comm.*, 2009, 6, 1198, nota 1.

¹⁰³ V. L. MENGONI, *Note al progetto governativo di legge per la tutela della libertà di concorrenza*, in *riv. soc.*, 1960, 458 ss.; G. BERNINI, *La tutela della libera concorrenza e i monopoli*, II, Giuffrè, Milano, 1960, 333 ss.

¹⁰⁴ V. *amplius supra*

¹⁰⁵ P. SCHLESINGER, *Sul problema della responsabilità per danni derivanti dalla violazione dei divieti previsti dal progetto governativo di legge a tutela della concorrenza*, in *Riv. soc.*, 1960, 729 ss.

diverse finalità ad essi sottese – contemplavano la possibilità per il singolo leso da condotte anticoncorrenziali di chiedere il risarcimento dei danni.

Il disegno di legge Rossi¹⁰⁶, all'art. 19, prevedeva che le azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust potessero essere promosse davanti alla Corte d'appello competente «da chiunque» avesse subito un danno. Al quarto comma, inoltre, riconosceva espressamente legittimazione ad agire ai «consumatori o concorrenti danneggiati».

Diverso era il tenore del disegno di legge Battaglia¹⁰⁷, che non contenendo alcuna disposizione che riconoscesse espressamente ai privati la possibilità di esperire il rimedio risarcitorio, induceva a chiedersi se volesse effettivamente escludere la possibilità per il singolo, leso da un comportamento anticoncorrenziale, di esperire il rimedio del risarcimento del danno, o se al contrario, una simile tutela fosse semplicemente considerata implicita nel sistema, vista tra l'altro la possibilità riconosciuta ai singoli di adire l'autorità giudiziaria per la tutela dei diritti soggettivi¹⁰⁸.

11 La tutela risarcitoria ex art. 33 co. 2 l. 287/1990

In questa situazione invero non cristallina si è inserito il disposto dell'art. 33, intitolato «Competenza giurisdizionale», che al 2° comma, contiene la seguente previsione: «Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione

¹⁰⁶ Disegno di legge n. 1012/1988, *Norme per la tutela del mercato*, d'iniziativa del Senatore Rossi in *Giur. comm.*, 1988, I, 596..

¹⁰⁷ Disegno di legge n. 1240/1988, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*, d'iniziativa dei ministri Battaglia, La Pergola, Amato, Fracanzani, in *Riv. soc.*, 1988, 572.

¹⁰⁸ Tra gli altri si v. V. DONATIVI, *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano*, Giuffrè, Milano, 1990, 125; F. DENOZZA, *Il disegno di legge antitrust: qualche problema tecnico*, in *Giur. comm.*, 1988, 760 il quale rileva che le conclusioni della relazione al disegno di legge secondo cui «l'assetto così delineato consente a tutti i terzi che si ritengano lesi dagli atti distorsivi della concorrenza di adire il giudice e poter essere soddisfatti nelle loro pretese risarcitorie» non sembrano fondate alla luce dell'ordito normativo del progetto; Contra G. ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. soc.*, 1995, 7 secondo cui l'art. 33, comma 2, l. n. 287/1990, nell'aver previsto la tutela risarcitoria in capo al privato a fronte di illeciti anticoncorrenziali, ha «quasi inavvertitamente aperto una breccia nell'impostazione originaria del disegno di legge governativo che pretendeva di confinare l'intera disciplina ai soli provvedimenti dell'Autorità».

delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti alla corte d'appello competente per territorio».

Esso riproduce, senza alcuna modifica, il contenuto dell'art. 32 del disegno di legge n. 1240 che era stato approvato all'unanimità e, dunque, con il voto favorevole delle sinistre ed in particolare del Sen. Rossi.

Sebbene potrebbe pensarsi che l'art. 33 della l. 287/90 sia una norma meramente processuale, che ha la finalità di creare una particolare competenza esclusiva per materia in deroga alle regole generali sulla competenza contemplate nel Codice di procedura civile, esso riveste un'importanza fondamentale poiché affiancando all'azione di nullità anche quella di risarcimento del danno, sancisce l'idoneità delle norme di cui alla l. 287/90 a determinare, in capo ai singoli, situazioni giuridicamente protette anche a livello risarcitorio¹⁰⁹.

Il legislatore del 1990, tuttavia, sembra aver adottato una soluzione di compromesso¹¹⁰: ricompare la previsione dell'azione risarcitoria, ma scompare il riferimento ai soggetti legittimati ad esperire la relativa azione.

Il silenzio da questi serbato in materia di legittimazione attiva ha sollecitato interpretazioni diverse negli anni. Al riguardo per cercare di sopire i dubbi appare opportuno un breve esame dei lavori parlamentari relativi ai due disegni di legge dalla cui commistione l'odierna legge antitrust origina.

La relazione di presentazione del disegno di legge del Sen. Rossi chiariva come l'obiettivo fondamentale che lo stesso si proponeva fosse la tutela dei consumatori¹¹¹.

¹⁰⁹ G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, cit., p. 429 il quale rileva che: «In questa situazione, per vero non cristallina, di incertezza e dibattito, si è inserito il testo dell'art. 33, n. 2, introducendo un indubbio elemento di novità. Oggi, infatti, posti di fronte al chiaro disposto di tale articolo, che affianca all'azione di nullità anche quella di risarcimento del danno, non può più dubitarsi dell'idoneità delle norme di cui alla l. 287/90 a determinare, in capo ai singoli, situazioni giuridicamente protette anche a livello risarcitorio. Sul piano sistematico resterà da determinarsi se ad esse possa, o meno, attribuirsi la qualifica di diritto soggettivo, ovvero se si tratti di quel tipo di interessi legittimi "rinforzati", dalla cui violazione, anche in precedenza, si faceva discendere l'azione risarcitoria».

¹¹⁰ A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione del diritto antitrust*, cit., 172 ss.

¹¹¹ Disegno di legge n. 1012/1988, cit., 591 ove si legge: «Ogni legge sulla tutela del mercato, che contenga norme tradizionalmente oggetto della disciplina antimonopolio, ha acquisito nell'opinione comune una valenza politica precisa, in base alla quale si vorrebbe trasformare quella legge in uno strumento di governo dell'economia. È opportuno allora precisare che questo non è lo scopo fondamentale del disegno di legge che qui presentiamo, diretto, in modo esclusivo alla tutela dei consumatori».

La relazione del progetto di legge ad iniziativa del governo¹¹², nonostante lo stesso non contenesse alcuna previsione specifica in relazione alla possibile azione risarcitoria dei terzi danneggiati nei confronti degli autori dei comportamenti vietati, testualmente affermava: «è da tener presente che l'assetto così delineato consente a tutti i terzi che si ritengano lesi dagli atti distorsivi della concorrenza di adire il giudice e poter essere soddisfatti nelle loro pretese risarcitorie senza che i poteri dell'Autorità condizionino in alcun modo tale possibilità».

A ciò si deve aggiungere che l'art. 32 del disegno di legge n. 1240 il quale, come rilevato, è stato trasfuso, senza alcuna modifica, nell'attuale legge antitrust, *sub* art. 33, costituisce una linea di compromesso che ha contribuito al superamento del conflitto ideologico, poi non così marcato, esistente tra i due originari progetti sullo specifico aspetto della tutela dei singoli¹¹³.

Pertanto pur risultando ispirati da filosofie diverse, entrambi i progetti di legge accordavano a chiunque fosse stato danneggiato in seguito alla violazione dei divieti contenuti nella normativa la possibilità di agire per il risarcimento del danno sofferto.

Nonostante ciò la giurisprudenza ha faticato nel riconoscere al consumatore la legittimazione ad agire in base all'art. 33, comma 2 della legge 287/1990.

In un primo momento la I sezione della Corte di Cassazione, partendo dalla premessa che, in linea con la disciplina del Codice civile in materia di concorrenza, anche la legge nazionale antitrust avrebbe come prospettiva privilegiata quella dell'impresa, aveva riconosciuto la legittimazione all'azione ai sensi dell'art. 33, comma 2, l. n. 287/1990 ai soli imprenditori concorrenti¹¹⁴. Ove fosse stato invece un consumatore a lamentare di aver subito un danno, la strada da seguire sarebbe stata quella ordinaria, ex art. 2043 c.c., soggetta ai normali criteri di competenza¹¹⁵.

¹¹² Disegno di legge n. 1240/1988, cit.

¹¹³ A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione del diritto antitrust*, cit., 172 ss e a conferma lo stesso G. Rossi, *supra* nota 108.

¹¹⁴ Cass. civ., 9 dicembre 2002, n.17475, in *Danno resp.*, 2003, 4, 390 ss., con commento di S. BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*.

¹¹⁵ Secondo tale prospettiva pertanto il consumatore avrebbe dovuto adire non la Corte d'appello, ma il Tribunale o il Giudice di pace, a seconda del valore della causa. Va rilevato come, in precedenza, la

Questa prospettiva è stata superata dalle Sezioni Unite nel 2005¹¹⁶ che hanno affermato la necessità di tutela piena e diretta degli interessi dei consumatori, attribuendo loro un ruolo di rilievo nella tutela del mercato e della concorrenza, riconoscendogli la possibilità di esperire l'azione *ex art. 33, l. n. 287/1990*¹¹⁷.

Quest'inversione di rotta, poi confermata nelle sentenze successive¹¹⁸, è frutto dell'ormai acquisita consapevolezza che la legge antitrust non è la sola legge degli imprenditori, ma in generale «dei soggetti di mercato, ovvero chiunque abbia un interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo, al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere»¹¹⁹.

12 A che serve l'antitrust?

Una delle questioni più dibattute fra i cultori della disciplina antitrust è quella relativa all'individuazione dei fini (*goals*) perseguiti dalle legislazioni antimonopolistiche. Pur con l'avvertenza che non è certo intenzione di chi scrive pretendere di prender parte a tale dibattito, una breve analisi delle posizioni in esso emerse risulta di certo proficua, considerato che l'accesso a una impostazione piuttosto che all'altra influisce inevitabilmente anche nella selezione dei danni risarcibili in quanto conseguenza dell'illecito.

Il diritto antitrust europeo dei nostri giorni costituisce il frutto di un connubio di finalità figlie di una progressiva e non sempre lineare evoluzione

Suprema Corte avesse addirittura escluso la legittimazione ad agire del consumatore per violazione della disciplina antitrust, essendo essa volta alla tutela della libera concorrenza tra imprese. Così Cass., 4 marzo 1999, n. 1811, in *Riv. dir. ind.*, 2000, II, 421.

¹¹⁶ Cass. Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Giur. it.*, 2005, 11 ss., con nota di M. MASTRODONATO, *La legittimazione dei consumatori alla richiesta di risarcimento dei danni da condotta anticoncorrenziale*.

¹¹⁷ V. ancora Cass. Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, op. loc. ult. cit.

¹¹⁸ Si veda, ad esempio, Cass. civ., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Corr. giur.*, 2007, 641 ss., con nota di S. BASTIANON.

¹¹⁹ In tal senso si veda, Cass. Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, con nota di M. MASTRODONATO, *La legittimazione*, cit.

svoltasi nel tempo attraverso la concreta applicazione della disciplina antitrust e dei suoi principi¹²⁰.

Tornando indietro nel tempo, si può rilevare che nella common law, il bene protetto non era la concorrenza così come noi la intendiamo, ma era la libertà di contratto, in caso di «contratti in restrizione del commercio» e la libertà dei terzi in caso di «cospirazioni in restrizione del commercio».

Logico corollario di tale impostazione era che un'intesa veniva considerata restrittiva non in quanto limitasse la concorrenza, ma in quanto limitasse la libertà di contratto di una delle parti; mentre una «combinazione» era restrittiva quando fosse così coercitiva sui terzi da privarli della libertà di stare sul mercato (un boicottaggio) o di comprare beni o servizi al prezzo migliore¹²¹.

Dall'analisi dei lavori parlamentari che hanno condotto all'approvazione dello *Sherman Act*, sembra emergere che, nell'idea dei padri ispiratori della prima legislazione antitrust moderna, l'obiettivo primario, anche se non esclusivo, delle norme a tutela della concorrenza fosse costituito dalla promozione e sviluppo delle piccole imprese e dalla protezione dell'interesse dei consumatori, ed in particolare del benessere che loro deriva in presenza di un regime concorrenziale¹²².

In questo quadro, permeato di orientamenti ostili alla grande impresa, si registrava, pertanto, un vasto impiego dei divieti *per se*, che ha conferito all'antitrust americano quel carattere fondamentalmente penalistico che rimane tutt'ora.

Tale impostazione è stata successivamente sottoposta a revisione critica. In particolare, si deve alla scuola di Chicago la reimpostazione dell'interpretazione

¹²⁰ Per una ricostruzione dell'evoluzione della politica della concorrenza cfr. G. TESAURO, *Il diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012, p. 619 ss.; M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in 20 anni di antitrust, cit., p. 97 ss.; S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Laterza, Bari, 2011, p. 43 ss.; G. COLANGELO, *La politica europea della concorrenza alla luce del progetto della nuova Costituzione*, in Riv. it. dir. pub. com., 2005, 3-4, 1127 ss.; G. L. TOSATO, L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Giuffrè, Milano, 2004; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Giuffrè, Milano, 2016.

¹²¹ G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, cit., 14.

¹²² Si precisa che la conoscenza dei lavori parlamentari deriva esclusivamente da quanto riportato in A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normative antitrust*, cit., 89 ss su cui vedi *amplius*.

del diritto antitrust sulla scorta del criterio dell'efficienza allocativa – che coincide col “benessere collettivo” – e che ha portato ad escludere dall'alveo dei comportamenti vietati quelle scelte imprenditoriali che comunque procurano al sistema delle imprese un ricavo globale più elevato dell'ammontare della perdita subita dai consumatori¹²³. Quest'ottica è tutt'oggi predominante sebbene il sistema antimonopolistico statunitense viva oggi la stagione del c.d. post-Chicago¹²⁴.

Nel contesto europeo, secondo una recente ricostruzione¹²⁵, la politica di concorrenza ha avuto, sin dall'inizio, tre obiettivi: *i*) l'integrazione dei mercati nazionali in un mercato unico; *ii*) la difesa della libertà economica delle imprese contro le imposizioni del potere economico privato; *iii*) il benessere del consumatore.

In particolar modo la commissione, nell'adottare quello che essa stessa definì un «approccio più economico» (*more economic approach*), ha preso quale parametro quello del «benessere dei consumatori», o *consumer welfare*, che proprio della scuola di Chicago costituisce la pietra angolare.

È così che nella comunicazione della Commissione sull'art. 81 [oggi 101], par. 3, del 2004, si legge: «L'obiettivo dell'art. 81 è tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un'allocazione efficiente delle risorse»¹²⁶. Posizione questa echeggiata in altre comunicazioni nonché in numerose dichiarazioni ufficiali dei più rappresentativi esponenti della Commissione stessa¹²⁷.

Quest'impostazione conobbe il suo momento di maggiore affermazione nella sentenza sul caso Glaxo, poi riformata dalla Corte, nella quale il tribunale Tribunale di primo grado (oggi Tribunale dell'Unione europea) affermò: «Di fatto,

¹²³ In tal senso si veda C. Osti, *Ma a che serve l'antitrust?*, 114, nota 4, il quale, sul punto, scrive che «il benessere dei consumatori si identifica di regola con quello della totalità del mercato (comprendente, in particolare, i produttori) (...) senza curarsi eccessivamente del fatto, appunto, che tale efficienza si devolve a vantaggio dei consumatori».

¹²⁴ H. J. HOVENKAMP, *Antitrust Policy After Chicago*, in *Mich. Law Rev.*, 1986, 2, 213 ss.

¹²⁵ G. MONTI, *EC Competition Law*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2007, cap. II.

¹²⁶ Comunicazione della commissione - Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, par. 3, del trattato, G.U.C.E. C101/08 del 2004, § 13.

¹²⁷ Cfr., tra tanti, M. MONTI, *The Future for Competition Policy in the European Union*, discorso pronunciato il 9 luglio 2001 al Merchant Taylor's Hall London.

la finalità assegnata all'art. 81 Ce, che costituisce una disposizione fondamentale, indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità, in particolare per il funzionamento del mercato interno, è di evitare che determinate imprese, attuando una restrizione della concorrenza tra loro o nei rapporti con terzi, riducano il benessere del consumatore finale dei prodotti in questione [...]. Di conseguenza, l'applicazione dell'art. 81, n. 1, Ce [...] richiede inoltre un'analisi volta a determinare se abbia per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare la concorrenza sul mercato di cui trattasi a danno del consumatore finale. [...]».

Tuttavia, tali posizioni non sono mai riuscite ad attecchire nel contesto europeo. Infatti, nel successivo caso *British Airways* – ove si trattava di certe pratiche fidelizzanti poste in essere da BA nei confronti degli agenti di viaggio, la Corte di Giustizia non accolse le difese della convenuta BA secondo cui non vi fosse prova che le pratiche dirette alle agenzie avessero effettivamente colpito il consumatore finale (il viaggiatore che acquistava il biglietto aereo presso l'agenzia), onde non era certo che vi fosse stata una restrizione della concorrenza e richiamandosi ad un caso¹²⁸ di trentaquattro anni prima affermò che «l'art. [102 Tfu] non riguarda soltanto le pratiche di natura tale da causare direttamente un danno ai consumatori, bensì anche quelle che arrecano loro pregiudizio compromettendo un regime di concorrenza effettiva [...]»¹²⁹.

Ciò a causa dell'influenza che nella costruzione del diritto europeo della concorrenza ha esercitato la scuola di Friburgo secondo cui la normativa antitrust deve essere rispettata, e fatta rispettare, a prescindere da ogni valutazione circa gli effetti economici che derivano dalla sua applicazione, in quanto la libera concorrenza non costituisce l'obiettivo finale della politica antitrust, ma è piuttosto uno strumento necessario a garantire indirettamente la tutela di altri valori quali esempio il benessere del consumatore.

¹²⁸ Corte giust., 21 febbraio 1973, Causa C-6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. v. Commissione*, in *Racc.*, 1973, 615.

¹²⁹ Corte di Giustizia, 15 marzo 2007, Causa C-95/04, *British Airways plc v. Commissione*, punto 106, in *Foro it.*, 2008, IV, 125.

In conclusione, possiamo affermare che «l'attuale legislazione antitrust mira a proteggere la competitività dei mercati e il benessere del consumatore da illecite aggregazioni o sfruttamenti di potere economico e, al contempo, ad impedire che effetti distorsivi possano ricreare quelle barriere al commercio che sono state progressivamente ridotte o smantellate grazie alla creazione del mercato unico e alle successive politiche di liberalizzazione»¹³⁰.

Se è vero che le intese e gli abusi determinano un danno nei confronti degli utilizzatori e più latamente dei consumatori, la disponibilità di un sistema rimediale di natura privatistica complementare a quello pubblicistico costituisce non solo l'occasione per il privato per esercitare un diritto soggettivo che l'ordinamento comunitario si è imposto di tutelare adeguatamente, ma anche un deterrente forse ancora più efficace della sanzione pecuniaria amministrativa.

La previsione di un rimedio risarcitorio a legittimazione ampia, esteso a chiunque patisca un danno derivante da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza, rappresenta, in quest'ottica, una componente ineliminabile del sistema, ma in pari tempo mette a dura prova lo strumento della responsabilità civile sollevando una serie di criticità che l'intervento normativo di nuovo conio non risolve.

Nel prosieguo del presente lavoro, dopo una disamina del pur rilevanti novità introdotte dal legislatore, si cercherà di concentrare l'attenzione su tali nodi problematici.

¹³⁰ S. LA MARCA, *La disciplina dei cartelli nel diritto antitrust europeo ed italiano: una guida teorico-pratica*, Giappichelli, Torino, 2.

CAPITOLO II

La direttiva UE 2014/104 sul risarcimento del danno per violazione della disciplina antitrust e la normativa nazionale

1 La direttiva sul danno antitrust e il suo contesto

Delineate le fasi che hanno preceduto l'adozione della direttiva 2014/104/UE, si può ora concentrare l'attenzione sui principali profili di novità per il diritto della concorrenza europeo con essa introdotti, vuoi dal punto di vista sostanziale, vuoi da quello del diritto processuale.

Essa è composta da 23 articoli, divisi in 7 capi, che pur riguardando profili assai differenti, dettano una disciplina organica della materia del c.d. *private enforcement antitrust*, tanto da far ritenere ad alcuni «inadeguata e poco convincente la tanto tradizionale, quanto contestata (e come tale, in realtà, illusoria), distinzione tra norme processuali e sostanziali»¹.

Anche il decreto interno di recepimento² ripropone la struttura della direttiva quanto alla ripartizione in capi, fatta eccezione per il capo VII ove sono inserite le disposizioni di modifica della legge n. 287 del 1990 e quelle sulla competenza dei tribunali delle imprese.

Nello specifico, la direttiva è costituita da un insieme di norme che, pur riguardando profili assai differenti, sono unite da un'unica ed univoca finalità, cioè assicurare il «diritto a un pieno risarcimento»³.

¹ G. FINOCCHIARO, *La divulgazione delle prove nella Direttiva antitrust private enforcement*, in *Dir. ind.*, 3, 2016, 229.

² Decreto Legislativo 19 gennaio 2017, n. 3 di «attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea» pubblicato in G.U. n.15 del 19-1-2017.

³ Più in particolare, il par. 1 dell'art. 3 cit., stabilisce che «Gli Stati membri provvedono a che qualsiasi persona fisica o giuridica che abbia subito un danno causato da una violazione del diritto della concorrenza possa chiedere e ottenere il pieno risarcimento per tale danno».

Mentre di regola il diritto dell'UE non riguarda fattispecie che abbiano esclusiva rilevanza all'interno dell'ordinamento giuridico di un singolo Stato membro, la presente direttiva, come ricordato dal Considerando n. 10⁴, è destinata a trovare applicazione in linea di principio per qualsiasi ipotesi di violazione della concorrenza ancorché abbia spiegato effetti limitati territorialmente soltanto ad uno Stato membro o, perfino, ad una parte di questo.

In questa direzione si è mosso da ultimo anche il legislatore italiano il quale in sede di recepimento della direttiva, in attuazione dei principi e criteri direttivi specifici fissati nella legge di delegazione europea del 2014⁵, ha stabilito che le disposizioni adottate in attuazione della Dir. 2014/104/UE sono applicabili non soltanto alle azioni per il risarcimento del danno per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, ma anche, “derivanti da violazioni ai sensi degli articoli 2 e 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287”⁶.

Come rilevato in dottrina⁷, la sua emanazione è frutto più che del felice superamento dei profili di contrasto che ne avevano rallentato l'*iter*, dell'esigenza di accelerazione imposta da due recenti arresti della Corte di giustizia⁸ in tema di diritto di accesso ai fascicoli istruttori dei procedimenti amministrativi antitrust avviati sulla base di domande di clemenza, visti come potenzialmente in grado di

⁴ V. considerando n. 10 il quale stabilisce che «ai fini del corretto funzionamento del mercato interno e nell'ottica di una maggiore certezza del diritto e di condizioni più uniformi per le imprese e i consumatori, è opportuno che l'ambito di applicazione della presente direttiva si estenda alle azioni per il risarcimento del danno causato dalla violazione del diritto nazionale della concorrenza quando esso è applicato ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003. L'applicazione di norme differenti in materia di responsabilità civile per le violazioni dell'articolo 101 o 102 TFUE e con riguardo alle violazioni delle norme del diritto della concorrenza nazionale che devono essere applicate negli stessi casi e parallelamente al diritto della concorrenza dell'Unione nuocerebbe altrimenti alla posizione degli attori nello stesso caso e all'ambito delle loro richieste, e costituirebbe un ostacolo al corretto funzionamento del mercato interno».

⁵ Legge 9 luglio 2015, n. 114.

⁶ In tal senso v. *ibidem* art. 2, che prevede l'estensione dell'applicazione delle disposizioni adottate in attuazione della direttiva 2014/104/UE alle azioni di risarcimento dei danni derivanti da violazioni ai sensi degli articoli 2 e 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nonché alle azioni di risarcimento dei danni derivanti da violazioni ai sensi dei predetti articoli 2 e 3 applicati parallelamente agli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

⁷ V. MELI, *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 1, 2018, 121.

⁸ Corte giust., 14 giugno 2011, Causa C-360/09, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*, ID., 6 giugno 2013, Causa C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde v. Donau Chemie AG e a.*, in *Racc.* 2013, 366.

compromettere l'effettività del *public enforcement* per la discrezionalità che hanno riconosciuto alle giurisdizioni nazionali⁹.

La nuova direttiva, molto attesa, interviene a colmare in parte un'evidente lacuna della legislazione UE cui aveva cercato di sopperire la giurisprudenza.

Il principio di fondo che la ispira è quello dell'integrale riparazione del danno patito dalla vittima dell'illecito *antitrust*, con l'esclusione, quindi, di ogni forma di ristoro che possa andare oltre il limite del danno concretamente verificatosi mediante il riconoscimento ai soggetti lesi di danni multipli, tipici, al contrario, dell'esperienza antitrust statunitense¹⁰.

Al pari dei precedenti interventi, manifesta con chiarezza una visione del ricorso alla giustizia civile come strumentale ad un rafforzamento complessivo della tutela della concorrenza e, pertanto, risulta volta all'armonizzazione delle disposizioni nazionali in tema di azioni civili antitrust e al coordinamento tra il canale pubblicistico e quello privatistico proprio al fine di assicurare la massima efficacia delle regole di concorrenza¹¹.

⁹ E. CAMILLERI, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale nella direttiva 2014/104/UE*, in *AIDA*, 1, 2015, 35 il quale rileva che «rischia(va) di profilarsi un sostanziale sabotaggio del sistema di leniency, viceversa impostato sul principio per cui winner takes all (...)». Da qui, dunque, l'urgenza di porre rimedio a questo potenziale corto circuito tra *public* e *private enforcement* - cui fanno eloquentemente cenno già la Proposta di Direttiva (paragrafi 1.2. e 4.2) nonché i Considerando n. 6, 26 e 27 che quest'ultima compongono - e cui provvedono le disposizioni degli artt. 6, comma 6, e 7, comma 1 della Direttiva 104». Nello stesso senso, si vedano F. WILMAN, *Private Enforcement of EU Law Before National Courts: The EU Legislation Framework*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2015, 259; V. MELI, *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, cit., 122.

¹⁰ Per M. DE CRISTOFARO, *Il private enforcement antitrust ed il ruolo centrale della disciplina processuale, - di nuovo conio legislativo o di nuova concezione giurisprudenziale*, in *Int'l Lis*, 2015, 3-4, 124, il legislatore europeo è rimasto fedele al dogma della natura meramente compensativa del danno e dell'inaccettabilità di un arricchimento della vittima della violazione. L'art. 3, par. 3, della Direttiva, intitolato al diritto al pieno risarcimento, espressamente sancisce: « Il pieno risarcimento ai sensi della presente direttiva non conduce a una sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura ». Lo stesso Regolamento n. 864/2007, cd. Roma-II, al Considerando n. 32 ravvisa proprio nei *punitive damages* un caso di possibile contrarietà all'ordine pubblico tale da escludere l'applicazione della legge individuata dalle norme di conflitto («l'applicazione di una disposizione della legge designata dal presente Reg. che abbia l'effetto di determinare il riconoscimento di danni non risarcitori aventi carattere esemplare o punitivo di natura eccessiva può essere considerata contraria all'ordine pubblico del foro, tenuto conto delle circostanze del caso di specie e dell'ordinamento giuridico dello Stato membro del giudice adito»). Nello stesso senso oggi l'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 3/2017, secondo cui «Il risarcimento (...) non determina sovracompenzazioni».

¹¹ Si vedano in particolare i considerando n. 3 e 6 della direttiva. V., inoltre, V. MELI, *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, cit. 124 secondo cui «Ciò appare espresso in termini sintetici nella direttiva. E' infatti implicito nel richiamo, quale fondamento giuridico, all'art. 103 Tratt. FUE, il quale, appunto, attribuisce ai regolamenti ed alle direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli articoli 101 e 102

E' chiaro infatti che i due "canali" di *enforcement* risultano complementari e si rafforzano a vicenda. Da un lato, è evidente che il rischio di esporsi al pagamento di risarcimenti del danno costituisce un deterrente per le imprese, dall'altro, l'evoluzione del *public enforcement* condiziona l'efficienza delle azioni private quali strumenti di *enforcement* e, al tempo stesso, la tutela del diritto al risarcimento del danno, costituendo l'azione pubblica un alleato dei danneggiati che intendono chiedere il risarcimento, nella misura in cui, potendo affidarsi a strumenti e poteri di carattere pubblico, più facilmente possono conoscere l'esistenza di una violazione che, per i noti motivi, è difficile provare per il consumatore¹².

Molteplici sono gli aspetti di interesse della recente direttiva, il legislatore dell'Unione per facilitare le azioni private ha previsto: un sistema di *disclosure* delle prove, incluse quelle contenute nel fascicolo delle autorità garanti della concorrenza; la vincolatività nei giudizi risarcitori delle decisioni definitive di constatazione di un'infrazione emesse dalle autorità nazionali di concorrenza e la presunzione relativa circa l'esistenza di un danno nei casi di cartello. Sempre col medesimo fine si è preoccupato di armonizzare gli ordinamenti nazionali anche in merito al regime della prescrizione delle azioni risarcitorie, alla responsabilità solidale tra i coautori della violazione, alle condizioni per far valere in giudizio l'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo. Per incentivare il ricorso ai sistemi di composizione consensuale delle controversie, ha previsto poi un'attenuazione del vincolo di solidarietà tra i coautori della violazione quando alcuni di essi abbiano raggiunto un accordo transattivo con il soggetto danneggiato.

Tratt. FUE, tra l'altro, lo scopo di garantire l'osservanza dei divieti di cui all'art. 101, par. 1, e all'art. 102 Tratt. FUE. E' più chiaro nel 6° considerando, in cui si preannuncia l'armonizzazione delle norme disciplinanti l'efficacia dei provvedimenti di *public enforcement* nei giudizi in cui si attua il *private enforcement* delle norme antitrust». Sull'utilità di un sistema misto di *enforcement*, anche sulla scorta della ben più roduta esperienza nordamericana, cfr., per tutti, M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di private public enforcement in materia antitrust*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M.R. MAUGERI - A. ZOPPINI, Il Mulino, 2009, 171 ss.

¹² R. PARDOLESI, *Complementarietà irrisolte: presidio (pubblico) del mercato e azioni (private) di danno*, in *Merc. Conc. reg.*, 2011, 3, 467; P. IANNUCELLI, *La base giuridica della Direttiva 104/2014, e i suoi rapporti con il regolamento n. 1/2003*, in *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul Private Antitrust Enforcement*, a cura di F. Munari, C. Cellerino, Aracne editrice, 2016, 34.

Come emerge dall'intitolazione: «direttiva relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea» essa regola soltanto alcuni aspetti delle azioni civili che hanno come presupposto giuridico la violazione delle norme antitrust¹³.

In linea di continuità con la giurisprudenza della Corte di giustizia nei *leading cases* *Courage* e *Manfredi*¹⁴, secondo cui, desunta dalle fonti primarie europee l'attribuzione di un dato diritto in capo a singoli, è poi demandato agli ordinamenti nazionali di governare i *substantive remedies* deputati alla sua miglior tutela, la direttiva disciplina buona parte delle *procedural conditions*, mentre rinuncia ad intervenire sui lineamenti dell'azione risarcitoria.

Infatti, la disciplina di tutti gli aspetti sostanziali viene rimessa esclusivamente alla normativa di ciascuno Stato membro, sempre nel rispetto dei principi di efficacia ed equivalenza¹⁵. E lo stesso si può dire con riferimento all'elemento, *ratione materiae*, più cruciale: il nesso di causalità¹⁶, in relazione al quale la direttiva si limita a prevedere la presunzione relativa che da una violazione sotto forma di cartello derivi un danno e la presunzione di trasferimento a valle del sovrapprezzo.

¹³ E. CAMILLERI, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale nella direttiva 2014/104/UE*, cit., 32, nonché V. MELI, *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, cit., 119; nonché G. ALPA, *Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, *Contr. impr.*, 2015, 6, 1230 secondo cui «La scelta del legislatore comunitario è stata al tempo stesso meno coraggiosa e meno invasiva di quanto avrebbe potuto essere, perché ha disciplinato solo alcuni degli elementi dell'illecito, e ha demandato ai giudici nazionali la determinazione di altri elementi. In altri termini, ha disciplinato alcuni aspetti del danno, ma non la disciplina dell'illecito in modo completo».

¹⁴ Corte giust., 20 settembre, 2001, Causa C-453/99, *Courage Ltd v. Crehan*, in *Racc.*, 2001, I-6297; *Id.* 13 luglio 2006, cause da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi e a. v. Loyd Adriatico Assicurazioni SpA e a.*, in *Racc.*, 2006, I-6619.

¹⁵ Così il Considerando n. 11 della direttiva il quale recita: «tutte le norme nazionali che disciplinano l'esercizio del diritto al risarcimento del danno causato da una violazione dell'art. 101 o 102 TFUE, comprese quelle relative ad aspetti non trattati dalla presente direttiva quale la nozione di nesso causale fra la violazione e il danno, devono rispettare i principi di efficacia ed equivalenza».

¹⁶ E. CAMILLERI, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale nella direttiva 2014/104/UE*, cit. 35-36. il quale rileva che «In ciò si inverte l'inevitabile passo corto accusato dalla Direttiva, limitata com'è a dettare linee di indirizzo su pur rilevanti aspetti di carattere processuale (prevalentemente in tema di prove, documentali e presuntive) senza, nel complesso, essere in grado di articolare una risposta davvero organica e comunque risolutiva al profilarsi, in questa materia come in altre, di una sfasatura tra *rights* e *remedies*». Sul punto si vedano inoltre le osservazioni quanto mai attuali di W. VAN GERVEN, *Of Rights, remedies and procedures*, in *CMLR*, 2000, 3, 501 ss.; T. EILMANSBERGER, *The relationship between rights and remedies in EC law: in search of the missing link*, in *CML Rev.*, 2004, 5, 119 ss.

La scelta di non intervenire in punto di fattispecie sostanziale di responsabilità per danno antitrust, come invece auspicato - o quantomeno indicato come possibile - nel Libro bianco del 2008, ha inevitabilmente condotto ad un affievolimento della portata armonizzatrice della direttiva e ha lasciato insoddisfatti quanti auspicavano da parte dei *conditores* un intervento che, nel raccogliere gli stimoli e le sollecitazioni provenienti dalla dottrina e dalla giurisprudenza, resolvesse una volta per tutte le questioni che negli anni l'applicazione dei rimedi privatistici aveva posto sul tavolo¹⁷.

Il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, contenente determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno, ai sensi del diritto nazionale, per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione Europea non si discosta, se non marginalmente, nella forma e nei contenuti da quanto previsto dalla Direttiva. Pertanto, si eviterà, nel commento delle norme europee, il costante richiamo alla corrispondente norma interna di recepimento, fatta eccezione per i casi in cui ciò risulti strettamente necessario per l'analisi di aspetti peculiari.

2 Gli obiettivi e la base giuridica

Nonostante i numerosi tentativi di mettere a punto un meccanismo di *regulation through private litigation*, coerente nelle finalità e complementare nell'azione con quello - più rodato - costituito dai *public remedies*; il numero delle azioni private - sia individuali, sia di classe – è rimasto nella realtà assai esiguo¹⁸.

¹⁷ V. G. BRUZZONE, A. SAIJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?* in *Merc. Conc. Reg.*, 1, 2017, 12 ss. Nonché V. MELI, *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, cit., 121 da avviso del quale: «La direttiva è stata emanata dopo un processo laborioso, durato una decina di anni, che ha visto infine sortire un testo che non rispecchia pienamente le ambizioni che avevano sostenuto l'avvio del processo di armonizzazione».

¹⁸ Per i dati relativi alle azioni antitrust nel contesto europeo, si rinvia a Arshust, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules: Comparative report*, Brussels, 31 agosto 2004, disponibile sul sito http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actiondamages/white_paper_comments/judges_en.pdf. Per i dati sulle azioni di classe si rinvia al recente *Eccg - European consumer consultation group, Opinion on private damages actions*, 23 novembre 2010, in appendice al quale sono consultabili le schede che fotografano la situazione normativa e i dati relativi alle azioni di classe dei 27 paesi dell'Unione (alcune delle schede sono aggiornate alla fine del 2011).

Di tale circostanza è risultato essere consapevole lo stesso legislatore europeo come emerge dal punto 1.2 della Proposta di Direttiva (p. 4 della versione in italiano) ove si può leggere che «anche se il diritto al pieno risarcimento è garantito dal trattato stesso e costituisce parte dell'*acquis*, l'esercizio pratico di tale diritto è spesso reso difficile o quasi impossibile a causa delle norme e delle procedure applicabili. Nonostante alcuni recenti segni di miglioramento in alcuni Stati membri, al momento, in pratica, la maggior parte dei soggetti danneggiati dalle infrazioni delle norme UE in materia di concorrenza non ottengono il risarcimento del danno subito».

Per questo la direttiva, pur mantenendosi in continuità con i precedenti provvedimenti¹⁹, da un lato, al considerando n. 5 rimarca il ruolo strategico da ascrivere alle azioni risarcitorie nel quadro di un efficace sistema privatistico di applicazione delle norme antitrust e, dall'altro, ai considerando da 7 a 10, sottolinea gli effetti potenzialmente distorsivi e la conseguente perdita di *appeal* legati all'incertezza ed eterogeneità di esiti di una direttiva risarcitoria che si infranga sulla varietà di dispositivi rimediali di carattere nazionale e si pone l'obiettivo di superare le «marcate differenze esistenti fra gli Stati membri in relazione alle norme che disciplinano le azioni risarcitorie antitrust e che causano incertezza circa le condizioni a cui i soggetti danneggiati possono esercitare il diritto al risarcimento, compromettendone l'effettivo esercizio».

Mentre tradizionalmente per l'attuazione degli artt. 101 e 102 TFUE si è fatto ricorso a regolamenti del Consiglio adottati in base all'art. 103 con la consultazione del Parlamento, la direttiva 2014/104 si caratterizza per la scelta, non usuale, di fare ricorso ad una doppia base giuridica che ha comportato il coinvolgimento del Parlamento europeo in veste di co-legislatore accanto al Consiglio.

Questa scelta non è meramente casuale. Secondo la giurisprudenza, infatti, «nell'ambito del sistema della ripartizione delle competenze comunitarie, la scelta

¹⁹ E. CAMILLERI, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale nella direttiva 2014/104/UE*, cit., 34.

della base giuridica di un atto dev'essere fondata su circostanze obiettive tra cui figurano gli obiettivi dell'atto di cui trattasi»²⁰.

L'adozione di due basi giuridiche è ammessa solo «in via eccezionale (...) ove si tratti di un atto che persegue contemporaneamente più scopi o che ha più componenti tra loro inscindibili, senza che l'uno sia accessorio all'altro»²¹ o «senza che l'uno di essi assuma importanza secondaria e indiretta rispetto all'altro»²².

Pertanto, per comprendere le ragioni di questa opzione occorre prendere in considerazione le finalità della Direttiva 2014/104.

Come in parte anticipato, esse sono due, parimenti importanti e indissolubilmente legate fra loro e consistono, da un lato, nell'«attuazione dei principi di cui agli articoli 101 e 102 del TFUE»²³ e dall'altro nell'«adozione di condizioni più uniformi per le imprese che operano nel mercato interno, evitando che un approccio eccessivamente disomogeneo da parte degli Stati membri a questi temi finisca per tradursi in discriminazioni a danno di alcuni cittadini e imprese per i quali l'esercizio dei diritti che discendono dai Trattati potrebbe risultare meno favorevole»²⁴.

Il ricorso all'art. 114 del TFUE si è, dunque, reso necessario proprio perché il legislatore dell'Unione non si è limitato a dare attuazione agli artt. 101 e 102 del TFUE (in questo caso sarebbe stato sufficiente prevedere l'art. 103 del TFUE quale base giuridica), ma, al fine di ravvicinare le legislazioni degli Stati membri, ha dettato una normativa atta ad incidere anche sulle norme interne applicabili in caso di richiesta di risarcimento a seguito di violazione delle regole della concorrenza.

²⁰ Corte giust., 3 settembre 2009, Causa C-166/07, *Parlamento europeo v. Consiglio dell'Unione europea*.

²¹ Corte giust., 27 settembre 1988, Causa C-165/87, *Commissione c. Consiglio*, ID., 19 settembre 2002, Causa C-336/00, *Republik Österreich v. Martin Huber*.

²² Corte giust., 8 settembre 2009, Causa C-411/06, *Commissione v. Parlamento europeo e Consiglio*.

²³ Cfr. F. ROSSI DAL POZZO, *La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust. Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement o occasione mancata?*, in *Eurojus.it*, n. 3/2014.

²⁴ V. *loc. ult. cit.* nonché il considerando 8 direttiva ai sensi del quale «Poiché le differenze fra i regimi di responsabilità applicabili negli Stati membri possono quindi incidere negativamente sia sulla concorrenza che sul corretto funzionamento del mercato interno, è opportuno fondare la presente direttiva sulla duplice base giuridica degli articoli 103 e 114 TFUE».

Benché ad avviso di alcuni commentatori²⁵ il ricorso al solo articolo 114 TFUE forse sarebbe stato sufficiente, dato che comunque avrebbe assicurato il rispetto delle prerogative del Parlamento, dal momento che quest'ultimo prevede la procedura legislativa ordinaria; questa scelta deve essere salutata con favore in quanto costituisce «un passo importante verso il rafforzamento della legittimazione del diritto della concorrenza al di fuori della cerchia degli addetti ai lavori»²⁶.

3 La competenza giurisdizionale del giudice italiano in relazione all'azione risarcitoria

Nella direzione auspicata di rendere più efficace il canale privatistico dell'*enforcement* del diritto della concorrenza, il legislatore interno è intervenuto, ancora una volta, sulla disciplina della competenza.

L'art. 33, comma 2, l. n. 287/1990, nella sua originaria formulazione, prevedeva la competenza della Corte di appello in caso di azioni di nullità e di risarcimento del danno (oltre che per i ricorsi diretti ad ottenere provvedimenti d'urgenza) per violazione della disciplina interna antitrust. Le violazioni della normativa antitrust dell'Unione europea, invece, dovevano essere conosciute dal tribunale o dal giudice di pace (decisione monocratica), a seconda del valore della controversia.

La recente modifica operata dall'art. 2, l. 24 marzo 2012, n. 27, di conversione del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, ha sostituito la competenza della Corte d'Appello con quella delle Sezioni specializzate del Tribunale in materia di

²⁵ V. P. IANNUCELLI, *La base giuridica della Direttiva 104/2014, e i suoi rapporti con il regolamento n. 1/2003*, cit., 32 ad avviso del quale «Benché quindi sarebbe forse stato possibile fondare quella Direttiva sul solo articolo 114 TFUE (mentre l'articolo 103 TFUE da solo probabilmente non sarebbe stato sufficiente a coprire le finalità di armonizzazione dei diritti nazionali), sembra comunque plausibile ritenere, come lo ha fatto il legislatore, che le due finalità della Direttiva 2014/104 dovevano essere basate su entrambe le disposizioni del trattato e che erano quindi inscindibili».

²⁶ G. BRUZZONE, A. SAIJA, *Verso il recepimento della Direttiva sul private enforcement del diritto antitrust*, in *Conc. Merc.*, 2014, 258.

impresa, sia per le violazioni aventi carattere meramente nazionale, sia per quelle concernenti la normativa europea.

Come emerge dal considerando numero 14 della direttiva, le azioni per il risarcimento del danno causato da violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione o nazionale richiedono di norma complesse valutazioni di tipo economico che esigono conoscenze tecniche che esulano dal patrimonio giuridico dei magistrati e impongono una specifica formazione dell'organo giudicante. Per questo nel tentativo di assicurare la specializzazione dei giudici, nonché l'uniformità interpretativa e la celerità dei giudizi, in seguito al recepimento della Direttiva 2014/104/UE, l'art. 18 d.lgs. n. 3 del 2017 ha aggiunto all'art. 4 d.lgs. n. 168 del 2003 (istitutivo delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale, ora di impresa) il nuovo comma 1°-ter, ai sensi del quale le controversie in materia di danno antitrust sono attribuite alla competenza esclusiva delle sezioni specializzate di Milano, Roma e Napoli, anche in deroga al comma 1°-bis della medesima norma e quindi pure nel caso in cui sia convenuta una società con sede all'estero.

Tale scelta, in linea con la tendenza legislativa in voga negli ultimi anni a creare sezioni «iper-specializzate»²⁷, non risulta comunque scevra da considerazioni critiche²⁸.

Come dimostrato dal nutrito contenzioso in materia di assicurazione per la responsabilità civile da circolazione di autoveicoli (in cui gran parte delle azioni

²⁷ Sulla travagliata genesi ed evoluzione si v. G. CASABURI, *Storia prima felice, poi dolentissima e funesta, delle sezioni specializzate*, in *Il diritto industriale*, 2014, 2, 171.

²⁸ COMOGLIO P., *Note a una prima lettura del d.lgs. N. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Rim. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, 994. Già in tempi non sospetti si è, infatti, osservato (Così M. CARPAGNANO, *Una pietra sopra. Commento alla sentenza della Corte di Cassazione n. 2305/07 in tema di private enforcement*, in *Danno e resp.*, 2007, 7, 773) che, in mancanza di validi strumenti processuali di aggregazione degli *small claims*, il nuovo corso inaugurato dalla Cassazione, pur impeccabile sul piano concettuale, negando la competenza del giudice di pace «nei fatti soffoca (rispetto alla regola giurisprudenziale precedente) qualunque pretesa di tutela che il consumatore o l'impresa che lamenti un piccolo danno patrimoniale possa legittimamente vantare». *Contra* E. A. RAFFAELLI, F. CROCI, *La prova nel private antitrust enforcement*, in *Politiche antitrust ieri, oggi e domani Atti del Convegno del 27 maggio 2016, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano*, a cura di, M. MALAGUTI, L. OGLIO, S. VANONI, Giappichelli, Torino, 2018, 163. Si v. inoltre la Relazione allo Schema di decreto legislativo di attuazione della direttiva 2014/104/UE la quale afferma che la concentrazione delle cause per violazione del diritto alla concorrenza presso le sezioni specializzate di tre tribunali mira, di fatto, a consentire il superamento dei problemi cui la disciplina in tema di *passing-on* offensivo e difensivo potrebbe dar luogo.

risarcitorie sono state promosse avanti a giudici di pace da singoli consumatori penalizzati da intese orizzontali messe in atto da compagnie assicuratrici), le azioni di risarcimento del danno antitrust spesso sono di piccolo valore e riguardano direttamente i consumatori.

La scelta del legislatore di concentrare la competenza presso tre sezioni rischia di costituire un disincentivo soprattutto per quest'ultimi, che a fronte di danni di modesta entità, rischiano di non avere interessi e mezzi per una gestione decentrata della controversia, con conseguente perdita di effettività dei meccanismi di *private enforcement* del diritto antitrust²⁹. Ciò a maggior ragione se si considera che il legislatore ha inteso attribuire rilievo al *passing-on* offensivo e difensivo.

Nonostante alla luce della *ratio* della novella (volta ad individuare un unico giudice competente per le violazioni alla normativa antitrust) poteva ragionevolmente ritenersi che in ogni caso la competenza giurisdizionale dovesse essere attribuita alle 3 sezioni anzidette, si deve, segnalare come il disposto in esame rischiasse di creare problemi di coordinamento con la previsione di cui all'art. 140-*bis* poiché non chiariva se le azioni di classe individuate dalla lettera c) di tale norma (ossia appunto quelle aventi come *petitum* il ristoro del pregiudizio derivante ai consumatori e agli utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali) dovessero o meno essere devolute alle sezioni specializzate per attrazione ai sensi del nuovo comma 1-*ter* dell'art. 4 d.lgs. n. 168 del 2003³⁰. Sul punto perciò è da valutare con favore la previsione contenuta nel neointrodotta art. 840 *ter* c.p.c.³¹ che fa espressamente salve le disposizioni del

²⁹ In tal senso si V. L. VASQUES, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Costituzione lo consente?*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2013, 3, 451 il quale rileva che «un procedimento civile a seguito di condanna per violazione della legge antitrust da parte dell'Autorità o della Commissione non è, peraltro, così scontato; si pensi, ad esempio, a un cartello che danneggia una miriade di consumatori per importi bassi; nessuno di questi sarà indotto ad agire per ottenere risarcimenti bagattellari, anche se l'impresa che ha posto in essere il cartello potrebbe aver tratto profitti milionari dall'illecito».

³⁰P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. N. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, cit., 995.

³¹ La previsione in parola si inquadra nell'ambito del più ampio intervento riformatorio, di cui alla legge 12 aprile 2019, n. 31, finalizzato alla generalizzazione di quelli che ora vengono etichettati "procedimenti collettivi". Per l'entrata in vigore delle nuove norme occorrerà però attendere un anno dalla pubblicazione della legge nella Gazzetta Ufficiale, momento che coinciderà con l'entrata in vigore della disciplina.

decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3, fugando, così, il rischio di ogni possibile equivoco.

4 La divulgazione delle prove: dalle origini alla direttiva sull'antitrust *private enforcement*

Il diritto della parte di chiedere l'esibizione, e per il suo tramite l'acquisizione al processo, di materiale probatorio essenziale per fondare la propria azione, ma detenuto da altri soggetti – la controparte o un terzo (ivi comprese le autorità pubbliche) – rappresenta un tassello essenziale nel *private enforcement* della normativa antitrust in quanto da esso dipende il pieno risarcimento del danno subito dalle vittime del comportamento anticoncorrenziale.

Come già rilevato dallo studio *Ashurst*, dal Libro Verde e dal libro bianco della Commissione europea, le liti in materia antitrust, infatti, nella generalità dei casi, pongono l'attore entro un contesto c.d. di asimmetria informativa che gli rende impervio il compito di individuare le fonti di prova indispensabili per l'accertamento delle violazioni e conseguentemente accedervi con gli ordinari strumenti processualcivilistici³², vista tra l'altro la scarsa efficacia delle regole sull'esibizione dei documenti³³.

Tanto accade specialmente nel caso in cui procedimento si sia concluso con l'accettazione degli impegni proposti dall'impresa³⁴ o nelle azioni *stand alone* nelle

³² V. M. DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, in *AIDA*, 2015, 1, 100 nonché B. CAVALLONI, *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie: problemi dell'istruzione probatoria*, in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, a cura di F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIMBENE, Giuffrè, 2008, 32.

³³ In tal senso v. F. TIRIO, *L'accesso dei terzi danneggiati dalle infrazioni antitrust alle informazioni in possesso dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Foro amm.*, 2014, 10, 2700, il quale, in nota 4, rileva come «In caso di richiesta di esibizione dei documenti da parte delle parti in causa ex art. 210 c.p.c. il segreto resta opponibile per i fatti che non configurino un reato perseguibile d'ufficio alla luce dei richiami operati all'art. 201 c.p.c. La richiesta può inoltre essere usata solo per richiedere atti o documenti specificamente individuati o individuabili e la cui esistenza sia certa; è comunque uno strumento istruttorio notoriamente poco efficace in ragione dell'assenza di incisive sanzioni in caso di inottemperanza».

³⁴ Art. 9, Reg. 1/03; art. 14-ter l. 287/1990, introdotto con il d.l. 223/2006, secondo cui «entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei

quali non essendovi ancora stato alcun accertamento circa la natura anticompetitiva della condotta da parte di un'autorità garante della concorrenza, la possibilità per l'attore di ottenere la divulgazione³⁵ delle prove o categorie di prove utili a corroborare la sua richiesta riveste importanza cruciale.

Consapevole delle complessità in materia, il Libro bianco del 2008 ha prospettato, tra l'altro, l'introduzione «mediante una combinazione di misure a livello sia comunitario sia nazionale» di alcune norme speciali in tema di istruzione probatoria, dichiaratamente modellate su quelle già introdotte in materia di tutela dei diritti di proprietà intellettuale e industriale dalla Direttiva 2004/48/ CE, c.d. *enforcement*, volte a facilitare l'accesso da parte degli attori a documenti e/o informazioni utili ai fini del buon esito dell'azione promossa.

Nonostante ciò, anche al di fuori dei programmi di clemenza, l'Antitrust ha più volte negato l'accesso alle informazioni ai terzi per ragioni di tutela risarcitoria civilistica considerando l'interesse all'accesso eterogeneo rispetto a quelli inerenti al procedimento amministrativo antitrust e conseguentemente non tutelato dall'ordinamento³⁶.

Solo recentemente, infatti, ha fornito un'interpretazione estensiva del vincolo di scopo, cui è sottesa un'interpretazione di tale “scopo” come «il complessivo enforcement antitrust, che si realizza tanto con l'azione pubblica delle Autorità nazionali di concorrenza, quanto con le azioni civili di risarcimento del

limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione».

³⁵ Invero, la terminologia utilizzata dalla direttiva, che parla per l'appunto di “divulgazione”, appare inappropriata alla luce della disciplina processualcivilistica ove, con riferimento alle modalità di acquisizione delle prove documentali al processo civile, il codice di rito distingue due diversi strumenti e cioè, la produzione di documenti, là dove la parte detenga il documento e lo inserisca spontaneamente nel proprio fascicolo, e l’“esibizione”, per la diversa ipotesi in cui l’ottenimento della prova avvenga per il tramite di un ordine del giudice imposto al detentore del documento (cfr. G. RUFFINI, *Produzione ed esibizione di documenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 2, 433 ss., spec. 438, il quale distingue chiaramente le due figure). La divulgazione consiste invece nella diffusione del provvedimento presso la generalità dei consociati (cfr. B. CAVALLONE, *La divulgazione della sentenza civile*, Milano, Giuffrè, 1964, *passim*).

³⁶ Si considerino ad esempio i casi di diniego all'accesso che hanno dato luogo alle sentenze del Tar Lazio, Roma, sez. I, 13 luglio 2010, n. 24996 e 2 novembre 2009, n. 10615. Nel caso che ha dato origine a Tar Lazio sez. I, 10 febbraio 2012, n. 1344, ossia l'iniziale diniego all'accesso agli atti richiesto da Alitalia per agire in sede civile contro alcune compagnie petrolifere aventi posto in essere un cartello, l'Agcm ha in un secondo tempo concesso ad Alitalia un accesso parziale ma — a quanto parrebbe — sulla base del fatto che la società aveva partecipato al procedimento (v. sul punto P. CAPRILE, *Note in tema di accesso agli atti dell'Agcm*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 10, 978).

danno»³⁷ e, di conseguenza, ha ritenuto di non poter opporre al giudice il segreto d'ufficio, ma di essere tenuta alla trasmissione degli atti – previa specificazione del regime di riservatezza a cui essi sono stati sottoposti – rimettendo allo stesso giudice la valutazione in merito alla prevalenza del diritto di difesa rispetto a quello di riservatezza, al fine di garantire in ogni caso un equo bilanciamento tra le contrapposte esigenze evidenziate³⁸.

Anche la Suprema Corte³⁹ in un recentissimo intervento ha rilevato come siano «particolarmente evidenti le difficoltà di allegazione e probatorie in cui versano i privati che agiscono in giudizio, a fronte di fatti complessi di natura economica (com'è quello del “mercato rilevante”) che spesso si trovano nella sfera del soggetto che ha posto in essere il presunto illecito»: difficoltà «accentuat[a]e sia dagli alti costi necessari per l'acquisizione degli elementi indispensabili per il compimento di indagini tecnico-economiche che difficilmente sono alla portata dei singoli, sia dalla necessità di confrontarsi con elementi controfattuali da comparare con ciò che è avvenuto nella realtà».

Tale considerazione è alla base della stessa direttiva che al Considerando n. 14 recita: «le azioni per il risarcimento del danno causato da violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione o nazionale richiedono di norma una complessa analisi fattuale ed economica. Gli elementi di prova necessari per comprovare la fondatezza di una domanda di risarcimento del danno sono spesso detenuti esclusivamente dalla controparte o da terzi e non sono sufficientemente noti o accessibili all'attore»⁴⁰.

³⁷ R. CHIEPPA, *Rapporto tra public e private enforcement alla luce della Direttiva*, relazione presentata alla conferenza su “*Rapporto tra public e private enforcement alla luce della direttiva 2014/104/UE*”, Roma, 28 maggio 2015; N. RANGONE, *D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3: profili amministrativistici*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2018, 1, 263.

³⁸ Sul punto V. R. CHIEPPA, *Il potenziamento del private enforcement e la sua complementarietà rispetto all'azione dell'Autorità antitrust*, in *giustiziacivile.com*, 3 marzo 2014, 8 e 18 il quale in nota 13 aggiunge che: «Al fine di evitare che gli atti trasmessi finiscano automaticamente nel fascicolo d'ufficio del giudice, sono state adottate alcune precauzioni tali da consentire che la valutazione del giudice preceda la completa acquisizione al fascicolo (come, ad esempio, l'invio degli atti riservati in una busta sigillata con un indice che consenta al giudice di effettuare tale valutazione e poi inserire nel fascicolo solo determinati documenti)».

³⁹ Cass., Sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564.

⁴⁰ In proposito, C. OSTI, *Un approccio pragmatico all'attuazione giudiziale delle regole di concorrenza nell'ordinamento italiano*, in *Conc. merc.*, 2014, 291 e ss., evidenzia che «il principale ostacolo all'applicazione giurisdizionale del diritto della concorrenza è rappresentato dall'alto livello di

Il tema dell'accesso alle fonti di prova si intreccia, inoltre, con la più delicata questione relativa all'individuazione di un adeguato bilanciamento tra due opposti interessi, e cioè quello di preservare la funzionalità dei programmi di clemenza e quello di garantire, come disposto dall'art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza) e rammentato dalla Corte di giustizia⁴¹, l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi assegnati ai privati dal diritto europeo della concorrenza (artt. 101 e 102 TFUE) (*private antitrust enforcement*)⁴².

E' chiaro infatti che l'utilizzo delle informazioni contenute nel fascicolo come prova a sostegno dell'azione risarcitoria soddisfa sì le esigenze del *private enforcement*, ma al contempo rischia di aggravare la posizione del *leniency applicant*, il quale potrebbe diventare in sede giurisdizionale un facile bersaglio per chi chiede il risarcimento del danno. Tale circostanza potrebbe avere un effetto deterrente sull'efficacia dei programmi di clemenza, strumento di grande efficacia nella scoperta delle intese anticoncorrenziali.

L'Avvocato Generale Mazák nel caso *Pfleiderer*⁴³ ha sottolineato che i programmi recano vantaggio anche ai privati poiché le decisioni con cui essi vengono accertati e sanzionati possono, a loro volta, essere utili ai soggetti lesi dai cartelli, ai fini della promozione di un'azione di risarcimento; pertanto, al fine di tutelare gli interessi sia pubblici che privati all'individuazione e alla repressione dei cartelli, è necessario salvaguardare il più possibile l'appetibilità degli stessi.

La Commissione nella comunicazione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese ha

ricostruzione e di riesame dei fatti che l'istruzione di un giudizio in materia di concorrenza comporta, e dalla difficoltà di procedere in un'aula giudiziale ad una raccolta probatoria che tale ricostruzione fattuale possa consentire».

⁴¹ Cfr. Corte giust., 9 marzo 1978, caso 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA*, in *Racc.*, 1978, 629, § 16; ID., 19 giugno 1990, caso C-213/89, *Factortame e a. v. Secretary of State for Transport*, in *Racc.*, 1990, I-2433, § 19; ID., 20 settembre 2001, caso C-453/99, *Courage e Crehan*, cit., § 25; ID., 13 luglio 2006, casi riuniti da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, cit., § 89.

⁴² Sul punto cfr. in particolare P. NEBBIA, *Damages actions for the infringement of EC competition law: compensation or deterrence?*, in *European Law Review*, n. 33, Feb. 2008, 28-36; P. IANNUCELLI, *Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in *Riv. soc.*, 2006, 4, 724-734.

⁴³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Mazák, presentate il 16 dicembre 2010, in causa C-360/09, *Pfleiderer AG contro Bundeskartellamt*.

precisato che sebbene «sia nell'interesse della Comunità accordare un trattamento favorevole alle imprese che offrono la loro cooperazione», in quanto l'interesse a che le intese segrete siano scoperte e sanzionate è primario rispetto all'interesse di infliggere sanzioni pecuniarie alle imprese, «la concessione dell'immunità da un'ammenda o della riduzione del suo importo non sottrae l'impresa alle conseguenze sul piano del diritto civile derivanti dalla sua partecipazione ad un'infrazione dell'art. 81»⁴⁴.

In assenza di disposizioni cogenti adottate dal legislatore dell'UE, è toccato alla Corte individuare un equo contemperamento tra le varie esigenze coinvolte.

Con la pronuncia *Pfleiderer*⁴⁵ del 2011, essa, pur riconoscendo la delicatezza del problema, ha affermato che il bilanciamento tra contrapposte esigenze non può che essere lasciato alla decisione del giudice dello Stato membro. In particolare, ha statuito che «Le disposizioni del diritto dell'Unione in materia di intese, ed in particolare il regolamento (CE) del Consiglio 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 TFUE e 102 TFUE, devono essere interpretate nel senso che esse non ostano a che un soggetto, danneggiato da un'infrazione al diritto della concorrenza dell'Unione e che intenda conseguire il risarcimento del danno, ottenga l'accesso ai documenti relativi ad un procedimento di clemenza riguardante l'autore di tale infrazione. Spetta tuttavia ai giudici degli Stati membri, sulla base del loro diritto nazionale, determinare le condizioni alle quali un simile accesso deve essere autorizzato o negato, procedendo a un bilanciamento tra gli interessi tutelati dal diritto dell'Unione».

Su questa posizione si è attestata anche nel caso *Donau Chemie*, del 6 giugno 2013⁴⁶, in materia di interpretazione dei principi di effettività e di equivalenza riferiti alla disciplina prevista dall'ordinamento giuridico austriaco

⁴⁴ Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese, in «GUCE» del 19 febbraio 2002, C 45. Si vedano anche le sentenze della Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage e Crehan*, cit, e 14 giugno 2011, causa C-360/09, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt*, in *Racc.*, 2011, I- 5161; nonché del Tribunale di Primo Grado, 22 maggio 2012, T-344/99, *EnBW Energie Baden-Württemberg v Commissione*.

⁴⁵ Corte giust., 4 giugno 2011, causa C-360/09, cit.

⁴⁶ Corte giust., 6 giugno 2013, causa C-536/11, cit.

per le azioni di risarcimento del danno antitrust. In quest'occasione la Corte ha ribadito che «qualsiasi regola rigida, nel senso di un diniego assoluto di accesso ai documenti in questione, sia di un accesso generalizzato a tali documenti, può pregiudicare l'effettiva applicazione, segnatamente, dell'art. 101 t.f.u.e. e dei diritti che tale disposizione attribuisce ai singoli» in quanto deve essere attribuito al giudice nazionale il compito di effettuare una valutazione caso per caso che tenga conto di tutti gli elementi della causa.

Con la recente direttiva il legislatore europeo ripudiata la strada di incentivare la *litigation* con misure di taglio sostanziale, al fine di rendere effettivo il versante privatistico dell'*antitrust enforcement* ha concentrato la propria attenzione sugli aspetti *in action* della disciplina del processo fra cui il diritto delle prove⁴⁷.

Le disposizioni in oggetto sono contenute al capo II intitolato “divulgazione delle prove” e composto da quattro articoli finalizzati ad assicurare l'obiettivo di una tutela giurisdizionale effettiva. Più nel dettaglio, l'art. 5 stabilisce la disciplina generale, regolando l'iniziativa istruttoria, i limiti oggettivi e soggettivi di ammissibilità, i poteri-doveri che il giudice deve osservare nel provvedere sull'iniziativa; gli artt. 6 e 7 dettano delle regole particolari per l'ipotesi in cui l'iniziativa istruttoria abbia ad oggetto “prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza”; mentre l'art. 8 individua le possibili “sanzioni” che i legislatori nazionali possono stabilire come conseguenze dell'inadempimento del destinatario dell'ordine di divulgazione. Si tratta di un complesso di regole destinate a trovare applicazione alle azioni risarcitorie, sia *follow-on* che *stand-alone*, ma non ad altre tipologie di azioni in giudizio quali ad esempio quelle volte ad ottenere l'inibitoria dei comportamenti.

⁴⁷ M. DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, cit., 105 ss. il quale sul punto mette in evidenza come tale scelta risulti coerente con la tendenza già riscontrabile nell'ordinamento interno di perseguire politiche promozionali di determinati interessi sostanziali tramite scelte che incidano su questo medesimo piano probatorio come è accaduto ad esempio nella materia consumeristica ove possiamo annoverare «la presunzione di vessatorietà delle clausole aventi determinato contenuto se non rese oggetto di contrattazione individuale, di cui all'art. 33, co. 2, Codice del consumo, la presunzione di difettosità del prodotto in presenza di determinate circostanze, di cui all'art. 117 del medesimo Codice, e la presunzione di non conformità al contratto del bene compravenduto ove difetti una delle condizioni di cui all'art. 129, co. 2, sempre del Codice del consumo».

Con l'ordito normativo *de quo*, il legislatore ha cercato di colmare quel deficit di certezza che si era venuto a creare a seguito delle pronunce sopracitate, potenzialmente in grado di mettere a repentaglio l'efficacia dei programmi di clemenza, programmi che la Commissione considera strumento principe sotto il profilo dell'*enforcement*, grazie alla loro capacità di incrinare la fiducia tra coloro che partecipano ai cartelli e così consentirne l'individuazione e per il cui funzionamento è necessaria la massima certezza per coloro che vi aderiscono di ottenere l'immunità dalle sanzioni senza al contempo il timore che tale collaborazione possa condurre direttamente o indirettamente ad avviare altri procedimenti civili, amministrativi o penali⁴⁸.

Vale però la pena anticipare sin d'ora che le soluzioni adottate lasciano chiaramente intuire come nelle intenzioni della commissione il risarcimento danni sia stato concepito principalmente quale strumento meramente complementare all'azione pubblica e meritevole di protezione nella misura in cui permetta di perseguire gli obiettivi di quest'ultima⁴⁹.

La prevalenza del binario pubblicistico traspare ad esempio dalla previsione volta a scongiurare il rischio «che la divulgazione delle prove (...) comprometta indebitamente l'efficace applicazione del diritto della concorrenza da parte di un'autorità garante della concorrenza»⁵⁰. O, ancora, da quella volta ad evitare che la divulgazione delle prove contenute nel fascicolo dell'autorità pregiudichi «la strategia di indagine di un'autorità garante della concorrenza rivelando quali

⁴⁸ Da ultimo sul punto la Commissione Europea nella Relazione di accompagnamento alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno, ha rilevato che «Le imprese che avrebbero l'intenzione di presentare domanda di trattamento favorevole hanno bisogno di un grado sufficiente di certezza del diritto per essere incoraggiate a cooperare con le autorità».

⁴⁹ V. M. TRIMARCHI, *La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza nella direttiva sull'antritrust private enforcement (direttiva 2014/104/ue)*, in *AIDA*, 2015, 219 ove l'autore con una formulazione particolarmente allusiva si spinge a dire che «Quando valuta la proporzionalità della richiesta, tenendo in particolare considerazione i rischi che questa può comportare per la tutela pubblicistica della concorrenza, il giudice opera come l'estremo garante della tutela pubblicistica antitrust» nonché P. IANNUCELLI, *La base giuridica della Direttiva 104/2014, e i suoi rapporti con il regolamento n. 1/2003*, cit., 39 il quale rileva come la direttiva tradisca una certa deferenza verso l'applicazione a livello pubblicistico.

⁵⁰ Considerando 21, direttiva 2014/104/UE.

documenti facciano parte del fascicolo o rischi(a) di avere un effetto negativo sul modo in cui le imprese cooperano con le autorità garanti della concorrenza»⁵¹.

5 La disciplina di ordine generale sulla divulgazione delle prove

La recente disciplina sulla divulgazione delle prove conferma i principi enucleati dalla Corte di Giustizia con l'eccezione di quanto stabilito in merito alla problematica riguardante l'accesso ai documenti contenuti nel fascicolo di un'autorità nazionale antitrust in caso di partecipazione del convenuto ad un programma di clemenza.

Superando l'impostazione del libro bianco ed accogliendo le indicazioni della dottrina⁵², l'art. 5 par. 1 informa al principio della parità delle armi l'intera disciplina *de qua* stabilendo come presupposto applicativo la previa proposizione, alternativamente, della "istanza di un attore" o della "richiesta del convenuto"⁵³.

Per garantire un equo contemperamento tra le varie esigenze coinvolte, quest'ultimo dispone che la divulgazione delle prove in possesso della controparte convenuta o di terze parti può essere disposta soltanto dal giudice e la subordina a un controllo giudiziale attivo e rigoroso quanto alla sua necessità, alla sua portata e alla sua proporzionalità⁵⁴.

⁵¹ Considerando 21, direttiva 2014/104/UE.

⁵² In tal senso si v. B. CAVALLONE, *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie: problemi dell'istruzione probatoria*, cit. 33, il quale con riferimento all'impostazione seguita dal libro bianco non ha mancato di sottolineare l'opportunità di superare, con riguardo alla estensione dei poteri di iniziativa istruttoria delle parti e del giudice, la tendenza a manifestare più o meno esplicite preferenze per una particolare categoria di litiganti (i lavoratori, i consumatori, i soci di minoranza, etc.) nei confronti dei suoi avversari in favore di un sistema nel quale «il *favor* per la tutela di certi interessi nei confronti di altri dovrebbe esprimersi a livello di norme sostanziali, ivi comprese quelle sulla distribuzione dell'onere della prova, e non interferire con l'organizzazione, necessariamente paritetica e neutrale, del processo».

⁵³ In tal senso si esprime il Considerando n. 15, terzo periodo, ove è osservato che «Onde garantire che le controparti dispongano di strumenti equivalenti, anche i convenuti delle azioni per il risarcimento del danno dovrebbero disporre di tali mezzi, in modo da poter chiedere la divulgazione di prove da parte degli attori».

⁵⁴ Cfr. Relazione alla Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, punto 4.2, pag. 16, ai sensi della quale essa «rispetta la tradizione della grande maggioranza degli Stati membri e si basa sulla funzione centrale del giudice adito per un'azione per il risarcimento del danno: la divulgazione di prove detenute dalla controparte o da terzi può essere ordinata soltanto dal giudice ed è soggetta ad un controllo giurisdizionale rigoroso ed attivo della relativa necessità, portata e proporzionalità».

Sebbene – specie nelle azioni cd. *stand alone* – si registrino aperture verso l'ipotesi di atti difensivi della parte attrice in cui l'allegazione dei fatti rilevanti può in realtà limitarsi a tratteggiare l'*hard core* dell'addebito antitrust, cui segue con la divulgazione/esibizione degli elementi istruttori acquisiti, ovvero reperiti presso la controparte, la determinazione della fattispecie concreta della condotta⁵⁵; ad un ordine di *disclosure* si potrà arrivare soltanto sul presupposto che la parte richiedente abbia presentato «una richiesta motivata comprendente fatti e prove ragionevolmente disponibili che siano sufficienti a sostenere la plausibilità della sua domanda di risarcimento del danno»⁵⁶ e, in aggiunta, abbia indicato in modo preciso e circoscritto i fatti e gli elementi probatori in possesso della controparte o del terzo che siano idonei a confermare tali indizi.

Il legislatore europeo per adattare lo strumento istruttorio alle diverse tipologie di contenzioso antitrust limitando allo stesso tempo la probabilità che attori mossi da finalità strategiche trovino eccessivamente agevole avviare cause di risarcimento del danno con finalità diverse da quelle risarcitorie⁵⁷, su questo specifico profilo, conferma, quindi, quanto prospettato nel libro bianco del 2008⁵⁸, che, ispirandosi al sistema delineato all'art. 6 della Direttiva 2004/48 sulla proprietà intellettuale, ha optato per la necessità di fondare l'accesso alle prove sull'allegazione dei fatti e sul controllo giurisdizionale rigoroso della fondatezza dell'azione.

⁵⁵ In tal senso si v. M. DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, cit., 108. La stessa direttiva al Considerando n. 14, terzo periodo, afferma che «In tali circostanze [cioè nelle azioni per il risarcimento del danno derivante da violazioni della concorrenza che richiedono una complessa analisi fattuale ed economica ed i cui elementi di prova non sono noti o accessibili all'attore], rigide disposizioni giuridiche che prevedano che gli attori debbano precisare dettagliatamente tutti i fatti relativi al proprio caso all'inizio di un'azione e presentare elementi di prova esattamente specificati possono impedire in maniera indebita l'esercizio efficace del diritto al risarcimento garantito dal TFUE».

⁵⁶ Così l'art. 5 § 1 della direttiva e il considerando 16. P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del D.lgs. n. 3 del 2017*, cit., 998-999 fa notare come «È interessante sottolineare la configurazione del concetto di plausibilità della domanda (sulla base delle allegazioni fattuali della parte attrice) come requisito minimo per ottenere l'esibizione. Si tratta di un concetto del tutto assimilabile a quello di *plausibility*, che, dopo le sentenze *Twombly* e *Iqbal*, rappresenta lo *standard* contenutistico minimo che nel processo federale statunitense deve possedere qualsiasi atto introduttivo di cause complesse, fra cui appunto quelle *antitrust*».

⁵⁷ Direttiva, considerando 23. A tal proposito si segnala che la stessa Corte Suprema in *Bell Atlantic Corp. et al. v. Twombly et al.*, 127 S. Ct. 1955 (2007) per evitare tale evenienza ha recentemente deciso di innalzare la soglia probatoria da soddisfare per attivare la *discovery* nei casi antitrust.

⁵⁸ Cfr. Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, Bruxelles, 2 aprile 2008, COM (2008) 165, 5.

Tale criterio, tuttavia, appare alquanto ambiguo, non essendo chiaro se con ciò ci si riferisca al grado di fondatezza della domanda sulla base delle prove e dei fatti già acquisiti prima dell'ordine di esibizione oppure al grado (astratto e ipotetico) di fondatezza della medesima domanda in caso di esito positivo dell'ordine di esibizione. Sarebbe stato, pertanto, opportuno un intervento chiarificatore del legislatore interno che però, ancora una volta, ha ignorato questa esigenza.

Sebbene in sede di recepimento il legislatore interno abbia scelto di adottare la nozione di “esibizione” delle prove, in luogo di quella di “divulgazione”, in punto, si è sostanzialmente limitato a ricalcare il testo della direttiva richiedendo all’art. 3, comma 1, del decreto di recepimento «l'indicazione di fatti e prove ragionevolmente disponibili dalla controparte o dal terzo». Per il nostro paese le regole sulla *disclosure* rappresentano un’importante evoluzione, ma non una novità assoluta. Essa infatti si innesta sull’istituto dell’esibizione, anche se rispetto ad esso si caratterizza per importanti elementi di novità finalizzati a potenziarlo e di cui deve tenersi conto⁵⁹.

Considerato che diversamente da quanto dispone l’art. 210 c.p.c., la Direttiva stabilisce che l'esibizione possa disporsi anche con riferimento a «rilevanti categorie di prove»⁶⁰, anziché solo a singoli documenti o cose, non potrà applicarsi integralmente il disposto dell'art. 94 disp. att. c.p.c., nella parte in cui prevede l'onere dell'istante di dare indicazione «del documento o della cosa e, quando è necessario, l’offerta della prova che la parte o il terzo li possiede»⁶¹.

⁵⁹ G. BRUZZONE, A. SAIJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine? cit.*, 17.

⁶⁰ Al riguardo si consideri che S. VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1160, la quale, oltre a far l’esempio dell’ordine di esibizione che «riguardi tutte le fatture relative a determinati rapporti, emesse in un certo periodo di tempo, o l’ordine che faccia riferimento alla corrispondenza intrattenuta in un arco temporale definito tra una parte e un suo agente, o tra un’impresa terza e una determinata categoria di clienti», fa presente come questa fattispecie normativa trovi un precedente nel sistema processuale italiano nell’art. 2711, comma 2°, c.c., che prevede l’esibizione dei «libri di commercio».

⁶¹ A.D. DE SANTIS, *Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 6, 1503. Nel nostro ordinamento l’ordine di esibizione ha invece un ambito più ridotto. La dottrina e la giurisprudenza hanno spesso interpretato restrittivamente la norma, più volte precisando come l’ordine del giudice possa avere ad oggetto solo documenti specificamente individuati o individuabili (cfr. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, 3a ed., UTET, Torino, 2010, 772; C. BESSO, *La prova prima del processo*, Torino 2004, 180 ss.). Anche recentemente, la Corte di cassazione ha sottolineato che «L'esibizione di

L'alleggerimento dell'onere di specificazione, trova conferma nel Considerando n. 16, terzo e quarto periodo, ove si legge che laddove una richiesta di divulgazione sia intesa ad ottenere una categoria di prove, è sufficiente che quest'ultima sia individuata attraverso il riferimento a caratteristiche comuni dei suoi elementi costitutivi, come la natura, l'oggetto o il contenuto dei documenti di cui è richiesta la divulgazione, il periodo durante il quale sono stati redatti o altri criteri, purché tali categorie risultino definite nel modo più preciso e circoscritto possibile sulla base di fatti ragionevolmente disponibili. Se è certamente positiva l'estensione dell'esibizione a categorie di documenti, molto più problematica ne sarà la definizione. In proposito, non soccorrono le indicazioni fornite dal legislatore in sede di recepimento che si è testualmente limitato a riprodurre il contenuto della direttiva senza preoccuparsi di chiarire se le « caratteristiche comuni » (natura, periodo di formazione, oggetto e contenuto) debbano ricorrere congiuntamente oppure disgiuntamente (ipotesi preferibile).

In secondo luogo, così come ai fini dell'attuazione dei TRIPs e della successiva Direttiva 48/2004 deve ritenersi che, diversamente da quanto richiede ai fini della esibizione la normativa generale di cui agli artt. 118 e 210 c.p.c., non possa pretendersi che la prova da esibire sia indispensabile: altrimenti, infatti, i presupposti di ammissibilità del provvedimento non potrebbero mai concretizzarsi⁶².

Sempre nell'ottica di evitare possibili abusi, l'art. 5, par. 3 della direttiva stabilisce che l'ordine di divulgazione potrà essere emesso a condizione che la

documenti non può essere chiesta, ai sensi dell'art. 210 c.p.c., a fini meramente esplorativi, allorquando neppure la parte istante deduca elementi sulla effettiva esistenza del documento e sul suo contenuto per verificarne la rilevanza in giudizio; ciò in quanto potrebbe determinarsi una protrazione della fase istruttoria priva di qualsiasi utilità, anche per la stessa parte istante, a danno del principio di ragionevole durata del processo» (Cass. civ., sez. II, 5 ottobre 2015, n. 19872, in Rep. Foro it., 2016, voce «Esibizione delle prove», n. 1).

⁶² In tal senso A. GIUSSANI, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in *AIDA*, 2015, 254, nota 11, il quale rileva che «Il vago riferimento alla necessità dell'acquisizione della prova rinvenibile nel Considerando 16, infatti, non trova riscontro nel testo della Direttiva; d'altronde, posto che di solito una prova risulta indispensabile quando si riferisce a fatti che non possano provarsi altrimenti, se l'ordine postula che le allegazioni fattuali siano plausibili in quanto già corroborate da altri elementi di prova l'accesso al mezzo rischierebbe di risultare sistematicamente precluso da una regola che ricorderebbe il letterario Comma 22, secondo il quale chi è pazzo può essere esonerato da missioni di guerra, ma chi chiede di essere esonerato da missioni di guerra non è pazzo (nel romanzo di J. HELLER, *Catch-22*, tr. it. Comma 22, Milano, 1963, 67 s.)».

divulgazione delle prove sia limitata a quanto è proporzionato. Il legislatore europeo non definisce il criterio di proporzionalità, ma indica una serie di elementi che consentono di ricostruirne il contesto e la fisionomia.

Più nello specifico, il par. 3 cit. prevede che i giudici nel vagliare la sussistenza del requisito *de quo* sono chiamati a: *a)* esaminare in quale misura la domanda di risarcimento o gli argomenti di difesa siano corroborati da fatti e prove disponibili che giustificano la domanda di divulgazione delle prove; *b)* esaminare la portata e i costi della divulgazione, in particolare per i terzi interessati, anche al fine di prevenire la ricerca generica di informazioni verosimilmente non rilevanti per le parti nel procedimento *c)* valutare se le prove di cui è richiesta la divulgazione contengano informazioni riservate, in particolare riguardanti parti terze, e le modalità atte a proteggere tali informazioni riservate.

Anche a livello municipale, il comma 3° dell'art. 3, prevede che il giudice debba comunque limitare l'esibizione (pur se ammissibile) entro «quanto è proporzionato».

Con specifico riferimento al novero degli elementi passibili di divulgazione, sebbene gli artt. 5 e 6 della direttiva utilizzino il termine “prove” e il successivo art. 2, n. 13 definisca tali «tutti i tipi di mezzi di prova ammissibili dinanzi al giudice nazionale adito, in particolare documenti e tutti gli altri oggetti contenenti informazioni, indipendentemente dal supporto sul quale le informazioni sono registrate», è chiaro che oggetto dell’ordine di divulgazione possono essere esclusivamente le prove precostituite e in particolare i documenti preesistenti, dotati di una propria materialità⁶³. Lo stesso è a dirsi con riferimento alla terminologia utilizzata dal legislatore interno in sede di recepimento⁶⁴.

L’ordine di esibizione deve, inoltre, definire «nel modo più preciso e circoscritto possibile» i mezzi di prova che costituiscono il suo oggetto.

⁶³ In tal senso ancora G. FINOCCHIARO, op. cit., 233.

⁶⁴ V. P. Comoglio, *Note a una prima lettura del D.lgs. n. 3 del 2017*, cit., 995 il quale sottolinea come il generico riferimento al termine «prove» come oggetto dell'ordine di esibizione, non sembra appropriato e sia frutto più che di una scelta consapevole, della scarsa cura che il legislatore italiano dedica all'attuazione delle norme europee dato che l'esibizione non può che avere ad oggetto «cose» o «documenti».

Questo potrà riguardare sia il convenuto, sia eventuali terzi, con garanzia del diritto ad essere sentiti, salvi casi di estrema urgenza. Per terzi devono intendersi coloro i quali non siano parte nel processo. Pertanto, visto che l'art. 11 prevede la responsabilità solidale di tutti gli autori dell'illecito e che può ragionevolmente ipotizzarsi che il danneggiato ordinariamente citerà in giudizio tutti i soggetti che hanno concorso alla realizzazione della restrizione della concorrenza, nella maggior parte dei casi terzo sarà la Commissione o le singole autorità nazionali. Al riguardo deve però rilevarsi che, ad avviso della dottrina, la previsione – peraltro inderogabile dalle legislazioni nazionali per prevedere “una divulgazione più ampia delle prove” – di un contraddittorio prima dell'esecuzione dell'ordine «contrasta con la natura dell'istituto, la cui effettività dipende, specie nei confronti dei privati, dalla possibilità di eseguire a sorpresa (...) (il provvedimento)»⁶⁵. Sarebbe forse stata più opportuna una soluzione simile a quella di cui all'art. 211 c.p.c. che, con riguardo all'ordine di esibizione rivolto al terzo, prevede che questi *può* essere sentito dal giudice prima dell'assunzione del relativo provvedimento mentre deve essere necessariamente coinvolto quando interviene nel giudizio prima della scadenza del termine assegnatogli per l'esibizione. Per ovviare a tale inconveniente in dottrina, sebbene l'ordito normativo delineato dalla direttiva taccia sul punto, in base al principio di efficacia di cui all'art. 4, si è prospettata la possibilità di disporre, previa verifica della sussistenza delle condizioni richieste dall'art. 5 e dei due requisiti del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*, il provvedimento istruttorio in via cautelare, senza la preventiva instaurazione del contraddittorio⁶⁶.

⁶⁵ A. Giussani, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, cit. 256.

⁶⁶ V. G. FINOCCHIARO, *La divulgazione delle prove nella Direttiva antitrust private enforcement*, cit. 239.

6 La disclosure delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza

Nell'ambito della disciplina in tema di divulgazione delle prove, particolare rilievo rivestono le previsioni di cui agli artt. 6 e 7 della direttiva e i corrispondenti artt. 4 e 5 del D.lgs 3/2017 che si occupano della «divulgazione di prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza».

L'importanza della disciplina in esame si può apprezzare sia perché i documenti contenuti nel fascicolo istruttorio costituiscono il principale strumento per il danneggiato per fornire la prova dei fatti costitutivi del proprio diritto, come dimostrato dalla circostanza che la maggior parte delle azioni risarcitorie è conseguente ad un provvedimento di un'autorità garante della concorrenza (azioni cc.dd. *follow on*), restando delle “mosche bianche” le azioni cc.dd. “*stand alone*”; sia perché le norme in questione rappresentano un punto d'approdo, anche se piuttosto timido⁶⁷, nella ricerca di un difficile equilibrio tra *enforcement* pubblicistico e privatistico del diritto della concorrenza.

Con essa il legislatore, agendo sul versante dell'ordine giudiziale di esibizione, va a colmare buona parte delle lacune che la Corte di giustizia, in assenza di una specifica disciplina positiva, è stata chiamata a “coprire” in via pretoria con le sentenze *Pfleiderer* e *Donau Chemie* (v. *supra* § 3).

Le disposizioni in oggetto pur non escludendone l'operatività⁶⁸ integrano e completano la disciplina generale, contenuta rispettivamente nell'art. 5 della direttiva e nell'art. 3 del d.lgs. n. 3/17, prevedendo in tali casi vincoli assai più stringenti rispetto a quelli prescritti ordinariamente in considerazione del fatto che la divulgazione delle informazioni del fascicolo potrebbe compromettere

⁶⁷ In questi termini, sia pure con riferimento alla proposta di direttiva G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva ue del 2013*, in *Conc. merc.*, 2014, 232.

⁶⁸ L'art. 6, par. 1 infatti prevede che: «Gli Stati membri provvedono affinché, ai fini delle azioni per il risarcimento del danno, allorquando i giudici nazionali ordinano la divulgazione di prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza, si applichi, oltre all'articolo 5, il presente articolo».

l'efficacia stessa dell'attività istruttoria rivelando quali documenti ne facciano parte⁶⁹.

Anzitutto, al pari dell'ordine giudiziale di esibizione delle prove rivolto alle parti, anche quello rivolto al giudice viene assoggettato al giudizio di proporzionalità che, in ragione dell'esigenza anzidetta, si arricchisce di ulteriori valutazioni. Tre sono i criteri che devono guidare il giudice.

In primo luogo, questi è tenuto a valutare «se la richiesta sia stata formulata in modo specifico quanto alla natura, all'oggetto o al contenuto dei documenti presentati a un'autorità garante della concorrenza o contenuti nel fascicolo di tale autorità, piuttosto che con una domanda generica attinente a documenti presentati a un'autorità garante della concorrenza»⁷⁰. Questo criterio risulta ispirato alla medesima esigenza dell'art. 5, comma 1. Anch'esso, infatti, risulta diretto ad evitare iniziative istruttorie con finalità meramente esplorative. Tuttavia rende però molto più concreto il requisito della specificità, e conseguentemente rende assai più rigoroso il giudizio sulla proporzionalità (e quindi sull'ammissibilità) della richiesta. Non è sufficiente indicare le prove e i fatti che si trovano nella disponibilità dell'autorità, ma è necessario specificarne la natura, l'oggetto con conseguente possibilità per il giudice di rigettare l'istanza nel caso in cui riguardi una trasmissione generica dei documenti del fascicolo di un'autorità garante della concorrenza relativamente a un determinato caso o la divulgazione generica di documenti presentati da una parte nel contesto di un caso particolare⁷¹.

⁶⁹ In proposito il Considerando n. 23 chiarisce che «L'esigenza di proporzionalità dovrebbe essere valutata attentamente quando la divulgazione delle prove rischia di compromettere la strategia di indagine di un'autorità garante della concorrenza rivelando quali documenti facciano parte del fascicolo o rischia di avere un effetto negativo sul modo in cui le imprese cooperano con le autorità garanti della concorrenza».

⁷⁰ Art. 6, comma 4, lett. a), direttiva 2014/104/UE.

⁷¹ In proposito nel considerando 23 della direttiva 2014/104/U si legge: «È opportuno prestare una particolare attenzione per prevenire tentativi di acquisizione generalizzata di informazioni, ossia la ricerca in base a criteri non sufficientemente determinati o eccessivamente ampi di informazioni che probabilmente non rivestono interesse per le parti del procedimento. Le richieste di divulgazione non dovrebbero quindi essere considerate proporzionate quando riguardano una trasmissione generica dei documenti del fascicolo di un'autorità garante della concorrenza relativamente a un determinato caso o la divulgazione generica di documenti presentati da una parte nel contesto di un caso particolare. Richieste di questo tipo, riguardanti una divulgazione ampia, non sarebbero compatibili con l'obbligo della parte richiedente di specificare in maniera quanto più possibile precisa e circoscritta le prove o categorie di prova».

In secondo luogo, si deve verificare «se la parte stia richiedendo la divulgazione in relazione a un'azione per il risarcimento intentata davanti ad un giudice nazionale»⁷². Si tratta di un criterio poco significativo posto che, la pendenza di un'azione risarcitoria davanti a un giudizio nazionale, in relazione alla quale le parti chiedono al giudice di ordinare a terzi (compresa l'Autorità garante) l'esibizione delle prove, costituisce il presupposto indefettibile per l'applicazione della Direttiva.

Da ultimo, nella valutazione della proporzionalità della richiesta di esibizione, il giudice deve tenere in considerazione «se con riferimento ai paragrafi 5 e 10, o su richiesta di un'autorità garante della concorrenza ai sensi del paragrafo 11, sia necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione livello pubblicistico del diritto della concorrenza»⁷³. Questa disposizione lascia trasparire tutto l'intento del legislatore di accordare prevalenza allo strumento pubblicistico in quanto introduce un limite generale all'ordine di esibizione delle prove considerato che impone al giudice di dichiarare l'inammissibilità della richiesta laddove, anche in esito al parere sulla proporzionalità della richiesta di divulgazione formulato dall'autorità, risulti necessario preservare l'efficace applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza⁷⁴. Particolarmente significativa risulta, in tal senso, la valutazione prescritta dal richiamato par. 10 che nel consentire l'accesso al fascicolo⁷⁵ soltanto nel caso in cui i documenti rilevanti per accertare

⁷² Art. 6, comma 4, lett. b), direttiva 2014/104/UE.

⁷³ Art. 6, comma 4, lett. c), direttiva 2014/104/UE.

⁷⁴ Cfr. Considerando 23 direttiva 2014/104 ai sensi del quale «Per garantire che le imprese continuino ad essere disposte a rivolgersi volontariamente alle autorità garanti della concorrenza presentando dichiarazioni legate a un programma di clemenza o proposte di transazione, è opportuno che tali documenti siano esclusi dall'ordine della divulgazione delle prove. Tale esclusione dovrebbe altresì applicarsi alle citazioni letterali di una dichiarazione legata a un programma di clemenza o di una proposta di transazione contenute in altri documenti. Tali limitazioni quanto alla divulgazione delle prove non dovrebbero impedire alle autorità garanti della concorrenza di pubblicare le loro decisioni conformemente al diritto dell'Unione o nazionale applicabile. Per assicurare che tale deroga non interferisca in modo indebito con il diritto al risarcimento dei soggetti danneggiati, essa dovrebbe essere circoscritta alle suddette dichiarazioni volontarie e autoincriminanti legate a un programma di clemenza e a proposte di transazione».

⁷⁵ Benché il provvedimento di divulgazione consenta *latu sensu* di “accedere al fascicolo” di accesso può parlarsi solo impropriamente. L'istituto della divulgazione, come precisato dall'art. 6, par. 2 (il quale stabilisce che “Il presente articolo non pregiudica le norme e prassi in materia di accesso del pubblico ai documenti previste dal regolamento (CE) n. 1049/2001”, cioè il Reg. del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, c.d. “regolamento trasparenza”) deve essere tenuto distinto dall'accesso in via amministrativa al fascicolo. Per quanto entrambi consentano di conseguire il medesimo risultato, ossia l'acquisizione dei documenti

la veridicità dei fatti affermati dal danneggiato non possano verosimilmente essere acquisiti *aliunde*, attribuisce all'ordine di esibizione pronunciato nei confronti di un'autorità garante della concorrenza un carattere residuale rispetto a quello disposto verso le parti o i terzi per limitare il rischio di possibili interferenze nell'attività di accertamento delle autorità antitrust. In ragione del carattere preliminare di tale valutazione può essere apprezzata la scelta del legislatore interno che in sede di recepimento non si è attenuto all'ordine seguito dal legislatore europeo, ponendo all'esordio dell'art. 4 del d.lgs. n. 3/17, la disposizione che nell'art. 6 cit. costituisce, invece, il par. 10⁷⁶.

Oltre al filtro "rafforzato" della proporzionalità, l'art. 6 prevede ulteriori limiti, distinguendo, quanto al regime di divulgazione, tre tipologie di documenti potenzialmente interessati dalla richiesta di accesso, con conseguente differenziazione nel grado di protezione degli stessi.

Nella prima categoria, la cosiddetta «*black list*», rientrano le prove che, ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, sono insuscettibili di costituire oggetto di un ordine di esibizione e, cioè le dichiarazioni legate a un programma di clemenza e le proposte di transazione. Si tratta di documenti in relazione ai quali il legislatore, sulla base delle considerazioni espresse al successivo considerando 26, opera un bilanciamento a priori ed assoluto sostituendosi al giudice nella valutazione del requisito della proporzionalità e la cui conoscenza da parte del giudice è possibile al solo scopo di accertare che il loro contenuto corrisponda alle definizioni di «dichiarazioni legate a un programma di clemenza» o di «proposte di transazione»⁷⁷.

contenuti nel fascicolo, vale la pena sottolineare come il primo costituisce un sub-procedimento inserito nell'ambito del giudizio risarcitorio, mentre il secondo rappresenta un procedimento amministrativo autonomo rispondente ai principi di buona amministrazione e di trasparenza governato da presupposti, limiti di ammissibilità e risultanti conseguibili potenzialmente differenti.

⁷⁶ In tal senso G. FINOCCHIARO, *La disciplina dell'esibizione delle prove nei giudizi risarcitori per violazione delle norme Antitrust in attuazione della dir. 2014/104/ue*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2018, 450.

⁷⁷ Si deve tuttavia rilevare (P. IANNUCELLI, *La base giuridica della direttiva 2014/104 e i suoi rapporti con il regolamento n° 1/2003*, cit., 39 ss.) come «in nessun caso la Corte, che sia nell'ambito della giurisprudenza avente ad oggetto l'interpretazione del regolamento n° 1049/2001 ovvero degli articoli 101 e 102 TFUE, ha ammesso che tali considerazioni di carattere generale, anche a volerle considerare fondate, siano sufficienti per giustificare una regola di totale chiusura per tutte le informazioni non preesistenti ottenute dalle autorità nell'ambito di un programma di clemenza». Al riguardo in dottrina (Cfr. A. MONTANARI, *Programmi di clemenza e azione risarcitoria nella direttiva europea sul risarcimento del*

Questa soluzione secondo alcuni autori sarebbe in contrasto con le conclusioni cui è pervenuta la Corte di giustizia nella sentenza *Donau Chemie* con la quale ha affermato che «qualsiasi regola rigida, nel senso sia di un diniego assoluto di accesso ai documenti in questione sia di un accesso generalizzato a tali documenti, può pregiudicare l'effettiva applicazione, segnatamente, dell'articolo 101 TFUE e dei diritti che tale disposizione attribuisce ai singoli»⁷⁸.

Nella la c.d. «grey list», di cui al paragrafo 5, rientrano: «a) informazioni elaborate da persone fisiche o giuridiche specificamente ai fini di un procedimento di un'autorità garante della concorrenza; b) informazioni che l'autorità garante della concorrenza ha redatto e comunicato alle parti nel corso del suo procedimento; e c) proposte di transazione che sono state ritirate». L'esibizione di questi documenti può essere disposta in presenza di una duplice condizione: è necessario, da un lato, che «l'autorità garante della concorrenza abbia chiuso il suo procedimento adottando una decisione o in altro modo»⁷⁹, dall'altro, che il giudice investito dell'iniziativa istruttoria abbia valutato «se sia necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza»⁸⁰.

Per le prove rientranti in tale categoria, oltre a disporre che l'esibizione debba essere comunque differita fino alla conclusione del procedimento amministrativo, il decreto prevede un'ipotesi di sospensione facoltativa del processo civile fondata su un duplice presupposto. Il comma 8 dell'articolo 4 prevede infatti che il giudice, quando sui fatti rilevanti ai fini della decisione è in corso un procedimento davanti a un'autorità garante della concorrenza ed è necessario salvaguardare l'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza, possa sospendere il giudizio fino alla chiusura del procedimento dell'autorità, sia nel caso che la chiusura avvenga con una decisione dell'autorità sia che avvenga in altro modo. La sospensione risulta essere funzionale a mitigare

danno: *convivenza possibile?*, in *Conc. merc.*, 2014, 136.) si è messo in evidenza come il divieto assoluto di divulgazione dei *leniency statements* sancito dalla Direttiva 2014/104/UE tuteli la funzionalità del programma di clemenza, ma sia in contrasto con il principio dell'effettività del *private enforcement*, poiché rischia di compromettere inevitabilmente l'esito dell'azione risarcitoria.

⁷⁸ Corte giust., 6 giugno 2013, Causa C-536/11, *Donau Chemie e a.*, cit., punto 31.

⁷⁹ Cfr. art. 4 comma 8 D.lgs. 3/2017.

⁸⁰ *Ibidem*.

le conseguenze negative per l'azione risarcitoria che derivano dalle preclusioni in ordine alle informazioni contenute nel fascicolo dell'autorità⁸¹ e ad assicurare la coerenza tra la definizione della controversia e il provvedimento dell'autorità⁸², anche alla luce di quanto previsto dall'articolo 7 del decreto legislativo in merito all'effetto delle decisioni dell'autorità nelle azioni risarcitorie⁸³.

Infine nella la c.d. «*white list*», delineata in via residuale dal paragrafo 9 dell'art. 6, sono ricomprese le prove che «non rientrano in nessuna delle categorie di cui al presente articolo». Il Considerando 28, a tal proposito, fa riferimento alle «informazioni preesistenti», ossia a quelle prove che «esistono indipendentemente dal procedimento avviato dall'autorità garante della concorrenza». Si tratta dei documenti che possono essere liberamente divulgati in presenza dei requisiti richiesti.

La direttiva 2014/104/UE non specifica se il giudice abbia facoltà di ordinare d'ufficio la divulgazione delle prove contenute nel fascicolo dell'autorità ovvero se occorra una richiesta della parte⁸⁴.

Considerato che l'ordine rivolto ad un'autorità garante della concorrenza rientra nel *genus* dei provvedimenti di divulgazione e nella *species* di quelli impartiti ad un terzo si deve ritenere comunque, ai sensi dell'art. 5, che le singole legislazioni nazionali non possano spingersi fino a stabilire che l'iniziativa istruttoria sia suscettibile di essere esercitata d'ufficio dal giudice, senza una richiesta di parte che rispetti tutti i requisiti previsti. Una conferma in tal senso la possiamo trarre dalla disciplina dettata dal nostro legislatore in sede di recepimento

⁸¹ Si v. G. BRUZZONE, A. SAIJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?*, cit., 24.

⁸² *Ibidem* ove l'autore rileva che «Se questo era l'intento, del tutto condivisibile, è criticabile la scelta di subordinare la possibilità di sospensione del processo alla richiesta di parte di un'esibizione delle prove contenute nella lista grigia».

⁸³ Invero, già lo stesso articolo 16 del regolamento (CE) n. 1/2003 prevede la possibilità per il giudice di disporre la sospensione del processo quando è in corso un procedimento davanti alla Commissione europea per l'accertamento di una violazione antitrust, al fine di evitare decisioni in contrasto con quella contemplata dalla Commissione. Nell'ordinamento nazionale, inoltre, l'articolo 140-bis del Codice del consumo prevede che il giudice, in sede di vaglio di ammissibilità dell'azione di classe, possa sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente (e quindi anche davanti all'AGCM) ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo.

⁸⁴ M. TRIMARCHI, *La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza nella direttiva sull'antitrust private enforcement (direttiva 2014/104/ue)*, in *AIDA*, 2015, 209 e 210.

della direttiva. Infatti, sebbene l'art. 4 delinea un meccanismo di acquisizione del materiale istruttorio non completamente nuovo, che si innesta sull'istituto della richiesta di informazioni alla Pubblica Amministrazione previsto dall'art. 213 c.p.c., imponendo, nel contempo, al comma 2°, l'applicazione integrale delle previsioni del precedente art. 3, fa sì che l'ordine di esibizione delle prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza non sia in linea con il citato art. 213 c.p.c. che tutto all'opposto stabilisce che «il giudice può richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa, che è necessario acquisire al processo».

Tuttavia, le difficoltà incontrate dall'attore nel soddisfare l'*onus probandi*, rendono opportuno uno “sforzo” ermeneutico da parte della giurisprudenza, chiamata a non appiattirsi troppo sugli schemi tradizionali e ad adottare un'interpretazione evolutiva ispirata anche alle esperienze straniere⁸⁵.

In tal senso può apprezzarsi l'attualità della sentenza 11564/2015 con la quale, prima del recepimento della direttiva, il Supremo Collegio ha cassato il provvedimento della Corte d'Appello, che aveva rigettato la domanda avanzata dagli attori per mancato assolvimento dell'onere probatorio sull'illecito subito, argomentando che la Corte di merito avrebbe «dovuto valorizzare, in modo opportuno, gli strumenti di indagine e di conoscenza che le norme processuali già prevedono, mediante un'interpretazione estensiva delle condizioni stabilite dal codice di rito in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni (v. anche l'art. 15 del Reg. CE n. 1/2003) e, soprattutto, di consulenza tecnica d'ufficio, per l'esercizio, anche d'ufficio, dei poteri di indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata, nel rispetto del principio del contraddittorio e fermo restando l'onere della parte che agisce in giudizio (v. l'art. 2 del Reg. CE n. 1/2003) di indicare in modo sufficientemente "plausibile" seri indizi dimostrativi della fattispecie

⁸⁵ P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del D.lgs. n. 3 del 2017*, cit., 995.

denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale»⁸⁶.

Considerato che l'esibizione di prove prevista dalla dir. 2014/104/UE e dal d.lgs. n. 3/17 in esame non è l'unico strumento attraverso cui è possibile acquisire la disponibilità di documenti contenuti nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza, concorrendo quest'ultimo, avuto riguardo al contesto italiano, con l'accesso previsto e disciplinato dal reg. CE n. 1049/2001 ed in Italia dall'art. 13, D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217, nonché, in generale, dagli artt. da 22 a 24, l. n. 241/90, il legislatore ha completato l'ordito normativo in tema di "divulgazione delle prove" con la previsione di limiti nell'uso delle prove ottenute solo grazie all'accesso al fascicolo di un'autorità garante della concorrenza. In attuazione dell'art. 7 della direttiva il legislatore italiano in primo luogo ha stabilito che i documenti acquisiti attraverso la via amministrativa dell'accesso agli atti siano assoggettati al medesimo regime di cui all'art. 4; in secondo è intervenuto su un piano per così dire «soggettivo», cioè stabilendo che «le prove (...) comunque ottenute dalle parti solo mediante l'accesso al fascicolo possano essere utilizzate nell'azione per il risarcimento del danno solo dalla parte che le ha ottenute o dal suo successore nel diritto». Infine per garantire l'effettività della previsione poi ha disposto la possibilità di applicare la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 15.000 a euro 150.000, da devolvere a favore della Cassa delle ammende, alla parte che utilizza le prove così acquisite in violazione dei limiti appena delineati.

7 Le sanzioni in caso di inottemperanza all'ordine del giudice di esibizione delle prove

I destinatari di un ordine di esibizione in particolar modo le imprese convenute in un'azione di risarcimento del danno, essendo ben consapevoli dei rischi derivanti dalla divulgazione al giudice di materiale probatorio rilevante, potrebbero essere poco inclini alla condivisione. Per garantire l'effettività

⁸⁶ Cass., 4 giugno 2015, n. 11564.

dell'ordine diventa quindi essenziale la previsione di un apparato sanzionatorio destinato ad operare in caso di inottemperanza all'ordine del giudice.

A questo riguardo il Libro bianco si è semplicemente limitato a dire che «i giudici dovrebbero avere il potere di applicare sanzioni con effetto sufficientemente deterrente, compresa la possibilità di trarre conclusioni sfavorevoli alla parte nel procedimento civile per danni».

L'art. 8 della Direttiva 2014/104/UE, rubricato “sanzioni”, impone ai legislatori interni, da un lato, di approntare un meccanismo sanzionatorio nei confronti di parti e terzi (e loro rappresentanti legali) in caso di «a) mancato rispetto o rifiuto di rispettare l'ordine di divulgazione di un giudice nazionale; b) distruzione di prove rilevanti; c) mancato rispetto o rifiuto di rispettare gli obblighi imposti dall'ordine di un giudice nazionale a tutela di informazioni riservate; o d) violazione dei limiti all'uso delle prove» e, dall'altro, di garantire che il giudice possa, dal comportamento della parte (quindi non anche del terzo) «trarre conclusioni negative, quali presumere che la questione sia stata provata o respingere in tutto o in parte domande e eccezioni, e la possibilità di ordinare il pagamento delle spese».

Si è già detto che, l'istituto di nuovo conio presenta analogie con l'ordine di esibizione previsto nel nostro codice di rito dall'art. 210. Questo però non prevede espressamente alcuna conseguenza per l'inosservanza dell'ordine né in termini di presunzione, né in termini di sanzione. Quello delle conseguenze dell'inottemperanza ad un ordine di esibizione è un vecchio *punctum dolens* del nostro ordinamento processuale.

La mancanza di un'espressa misura sanzionatoria non ha impedito alla dottrina e giurisprudenza di colmare tale lacuna, applicando, perlomeno nel caso in cui il rifiuto o il mancato rispetto dell'ordine provengano dalla parte, il principio di carattere generale contenuto nell'art. 116, 2° comma c.p.c., che consente al giudice di trarre dall'inottemperanza all'ordine argomenti di prova. Una siffatta soluzione è stata aspramente criticata da autorevole dottrina che, nello specifico caso dell'istituto della esibizione dei documenti, ha ritenuto largamente insufficiente la sola possibilità di trarre argomenti di prova dal rifiuto ingiustificato

della parte di ottemperare all'ordine di divulgazione delle prove⁸⁷. Ed invero, è chiaro che nell'ipotesi, non peregrina, in cui l'impresa sia consapevole del fatto che, in una causa *stand alone*, la prova dell'illiceità della sua condotta possa aversi solo tramite l'esibizione di determinati documenti in suo possesso, la sola possibilità di trarre argomenti di prova dal suo rifiuto ingiustificato di ottemperare all'ordine di divulgazione delle prove si rivela priva di efficacia deterrente per la stessa.

Per adeguare l'ordinamento interno alla direttiva, pertanto, sul punto si è reso necessario un intervento del legislatore al fine di individuare uno specifico strumento rispondente ai requisiti di efficacia, proporzionalità e dissuasività della sanzione, richiesti da quest'ultima.

L'articolo 6 del decreto, nel recepire l'articolo 8 della direttiva, delinea un sistema di sanzioni previsto con l'obiettivo di rafforzare gli strumenti processuali offerti al danneggiato in tema di esibizione delle prove.

I commi da 1 a 4 dell'articolo 6 prevedono l'irrogazione di sanzioni amministrative di importo variabile (nel minimo sino a € 15.000,00 e nel massimo sino a € 150.000,00) nei confronti della parte o del terzo: *i)* che rifiutano, senza giustificato motivo, di rispettare l'ordine di esibizione del giudice o che non adempiono allo stesso ordine; *ii)* che, salvo che il fatto costituisca reato, distruggono prove rilevanti ai fini del giudizio di risarcimento; *iii)* che non rispettano o rifiutano di rispettare gli obblighi imposti dall'ordine del giudice a tutela di informazioni riservate a norma dell'articolo 3, comma 4; *iv)* che utilizzano le prove in violazione dei limiti di cui all'articolo 5. Le sanzioni previste sono devolute in favore della Cassa delle ammende.

Le condotte sanzionate possono non soltanto non essere connesse e dipendenti dall'ordine, ma perfino essere compiute a prescindere dall'adozione del provvedimento di esibizione. Salvo voler fornire un'inaccettabile interpretazione

⁸⁷ P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del D.lgs. n. 3 del 2017*, cit. 994-995, S. Vincere, *La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, cit., 1164.

abrogante della disposizione delle quattro ipotesi ivi previste, soltanto due hanno come indefettibile presupposto la previa adozione dell'ordine di esibizione.

La previsione di simili sanzioni, mutate dalle recenti modifiche della *Rule 37(e)* delle *Federal Rules of Civil Procedure* statunitensi in tema di mancata conservazione delle informazioni conservate elettronicamente, pur essendo certamente condivisibile⁸⁸, non manca però di sollevare qualche perplessità.

In primo luogo, l'importo previsto della sanzione, apparentemente alto, potrebbe in concreto rivelarsi del tutto insufficiente in una prospettiva di effettiva deterrenza (specie qualora il valore del possibile danno superi l'importo della sanzione e, quindi, renda comunque conveniente la mancata ottemperanza). Sarebbe forse stato opportuno prevedere una sanzione commisurata al valore del danno (anche se questo avrebbe probabilmente implicato gravi conseguenze in tema di rispetto del principio di legalità delle sanzioni amministrative) oppure forme di esecuzione indiretta, estendendo l'ambito di operatività della tutela prevista dall'art. 614 *bis* c.p.c.⁸⁹, già di recente oggetto di un intervento in questa direzione⁹⁰, o mutuando da ordinamenti stranieri misure quali il *contempt of Court* anglosassone⁹¹.

In secondo luogo, a differenza di quanto espressamente previsto nella *Rule 37(e)* delle *Federal Rules of Civil Procedure* statunitensi, il legislatore non ha specificato se la sanzione in caso di distruzione di prove si applichi solo in presenza di dolo oppure se sia sufficiente la colpa o il mero fatto oggettivo della distruzione. Da un punto di vista letterale, l'uso del verbo distruggere lascia intendere la necessità di una condotta intenzionale, quantomeno in termini di colpa grave; ciò pone evidentemente il problema della disciplina applicabile in caso di distruzione incolpevole, caso in cui la recente riforma statunitense attribuisce al giudice poteri

⁸⁸ Cfr. P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del D.lgs. n. 3 del 2017*, cit., 1002.

⁸⁹ In tal senso dispongono gli artt. 11, 2° comma, 139, 2° comma e 142 del c.p.c. francese dove *l'obtention e la production des pièces* sono ordinate dal giudice al terzo *"s'il n'existe pas d'empêchement légitime"*, o alla parte *"au besoin, à peine d'astreinte"*.

⁹⁰ Ci si riferisce alla legge 6 agosto 2015, n. 132 di conversione con modificazioni del d.l. n. 83/2015, che ha ampliato il campo di applicazione della c.d. esecuzione indiretta.

⁹¹ Sullo strumento del *contempt of court* v. A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Giuffrè, Milano, 2003, 282.

suppletivi decisamente estesi. Altro aspetto cruciale non chiarito dal legislatore attiene all'individuazione del momento a partire dal quale sorge in capo alla parte o al terzo il dovere di non distruggere le prove rilevanti. Con riferimento all'ordine di esibizione nei confronti della parte ai sensi dell'articolo 210 c.p.c., la Cassazione ha chiarito che il momento a cui far riferimento è quello della presentazione dell'istanza volta a ottenere l'esibizione⁹². In assenza di specifiche previsioni potrebbe prospettarsi l'estensione di tale soluzione al caso in esame.

Accanto all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, analogamente a quanto previsto nella citata *Rule 37(e)*, al comma 5 della norma in esame è stabilita, una ulteriore conseguenza processuale per la parte che rifiuta senza giustificato motivo di rispettare l'ordine di esibizione del giudice reso a norma dell'articolo 3 o non adempie allo stesso, o ancora distrugge prove rilevanti ai fini del giudizio di risarcimento. Si prevede in particolare che il giudice, valutato ogni elemento di prova, possa ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce.

Sempre in aggiunta alle sanzioni amministrative previste al comma 4, per il caso di utilizzo di prove in violazione dei limiti previsti dall'articolo 5, è data la possibilità al giudice di respingere in tutto o in parte le eccezioni alle quali le prove si riferiscono (comma 6).

La scelta del legislatore di ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce appare decisamente convincente (anche se purtroppo limitata alle sole azioni antitrust) ed è in linea con la tendenza della maggior parte degli ordinamenti processuali ispirati ormai da tempo a precisi standard di effettività dei provvedimenti istruttori⁹³.

Va però detto che, sebbene la Direttiva da questo punto di vista abbia rappresentato un'occasione da non perdere per porre rimedio, a livello generale e non solo con riferimento alle cause di risarcimento del danno antitrust, a questo *deficit* di effettività dell'ordine di esibizione, ancora una volta il legislatore si è

⁹² Cfr. Cass., 28 agosto 2000, n. 11225; in senso conforme ID., 27 ottobre 2004, n. 20792.

⁹³ Sul punto si v. V. ANSANELLI, *Prove e strumenti conoscitivi del giudice*, in *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Milano, A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, Giuffrè 2015, 240 s.

limitato ad un intervento settoriale non cogliendo l'opportunità di intervenire dettando una disciplina organica della materia.

8 Il valore probatorio dell'accertamento delle autorità nazionali nel processo civile e l'amministrativizzazione della tutela civilistica

L'esigenza di introdurre meccanismi di semplificazione e potenziamento probatori volti a colmare l'asimmetria informativa che penalizza il danneggiato al cospetto dell'impresa coinvolta nel cartello, è alla base, oltre che della speciale disciplina volta ad agevolare l'accesso alle prove dei fatti, della scelta di considerare la specialità, sul piano dell'efficacia probatoria, delle decisioni delle autorità garanti della concorrenza, al fine di rendere più agevole il risarcimento del danno nelle azioni c.d. *follow-on*.

Per le decisioni della Commissione europea, come noto, l'articolo 16 del regolamento n. 1/2003, codificando alcuni principi sanciti dalla giurisprudenza comunitaria⁹⁴, ha previsto in capo ai giudici nazionali l'obbligo di evitare pronunce «in contrasto» con le decisioni adottate o contemplate dalla Commissione assegnando così una preminenza all'*enforcement* delle norme antitrust europee da parte di quest'ultima.

Con il più volte citato libro Bianco del 2008, la Commissione ha constatato che per le decisioni adottate dalle autorità nazionali di concorrenza norme simili esistono soltanto in alcuni Stati membri. Considerato che la loro presenza oltre ad accrescere significativamente l'efficacia e l'efficienza procedurale delle azioni per il risarcimento dei danni causati da violazione delle norme antitrust garantirebbe un'applicazione più coerente degli articoli 81 e 82 (ora 101 e 102 TFUE) da parte dei diversi organismi nazionali ed aumenterebbe la certezza del diritto, ha, così, prospettato l'esigenza di introdurre in simili ipotesi l'obbligo per i giudici

⁹⁴ Cfr. Corte di giustizia 28 febbraio 1991, C-234/89, *Stergios Delimitis v. Henninger Bräu AG.*, in *Racc.*, 1991 I, 935 e 14 dicembre 2000, C-344/98, *Masterfoods Ltd v HB Ice Cream Ltd*, in *CML Rev.*, 2002, 1, 175 ss. con nota di L. KJØLBYE.

nazionali di non prendere decisioni in contrasto con una decisione o sentenza di questo genere.

Esaminando la disciplina nazionale in tema di concorrenza, emerge come prima del recente intervento normativo, volto ad adeguare il nostro ordinamento alle previsioni della direttiva 104/2014, non vi era alcuna norma diretta a disciplinare i rapporti tra l'operato dell'Autorità Garante e quello del giudice ordinario⁹⁵.

In assenza di una disciplina *ad hoc* la dottrina si è interrogata circa il valore da attribuire al provvedimento dell'Autorità in un eventuale giudizio civile antitrust concordando nell'escludere la possibilità di attribuire a quest'ultimo efficacia vincolante nei confronti del giudice civile vista l'autonomia tra i due procedimenti⁹⁶.

Se nella teoria si è affermata l'autonomia tra procedimento amministrativo e giudizio civile, nella pratica il giudizio civile mostra di essere altamente influenzato dai risultati dell'accertamento avvenuto in sede amministrativa.

Esaminando le azioni di *follow-on* ci si avvede di come normalmente il giudice abbia fatto proprie le conclusioni dell'Autorità Garante. Già con la più volte richiamata, sentenza del, 4 febbraio 2005, n. 2207 le Sezioni Unite hanno affermato che «qualora l'assicurato, che abbia esperito l'azione risarcitoria deducendo di aver corrisposto, in dipendenza della partecipazione dell'assicuratore ad un'intesa anticoncorrenziale, un premio superiore a quello che avrebbe pagato in condizioni di libero mercato, assolva all'onere di allegare la

⁹⁵ In argomento v. M. TAVASSI, *Il ruolo dei giudici nazionali nel private enforcement, competenze concorrenti e coordinamento con l'azione dell'Autorità Garante*, in *20 anni di antitrust*, a cura di, P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI, Giappichelli, Torino, 2010, 1011, che evidenzia un progressivo riconoscimento, da parte della magistratura, dell'autorevolezza delle decisioni dell'AGCM in ragione delle «insostituibili competenze [...] e [dell'] ampiezza dei poteri di indagine che alla medesima sono riservati».

⁹⁶ S. LA CHINA, *Competenza giurisdizionale*, in *Concorrenza e mercato: commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287 e al Decreto Legislativo 25 gennaio 1992 n. 74*, a cura di V. AFFERNI, Padova, Cedam, 666 ss.; M. TAVASSI, *Il contributo dei giudici ordinari*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario Atti del convegno di Treviso*, 5-6 maggio 1995, Milano, Giuffrè, 1996, 122; A. BARLETTA, *La competenza sull'inibitoria antitrust*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 2, 508 ss.; L. CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, Giuffrè, 2012, 104; A. FRIGNANI, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2013, 3, 436 il quale lungi dal propugnare la totale indipendenza degli accertamenti del giudice civile rispetto alle deliberazioni dell'Agcm, rigetta l'opinione della totale sottoposizione dei giudici civili all'accertamento compiuto dalla stessa.

polizza stipulata e l'accertamento in sede amministrativa dell'intesa, il giudice potrà desumere l'esistenza del nesso causale tra quest'ultima e il danno lamentato anche attraverso criteri di alta probabilità logica e presunzioni, senza tuttavia omettere una valutazione degli elementi di prova offerti dall'assicuratore, tendenti a superare dette presunzioni o a dimostrare l'intervento di fattori causali diversi, idonei di per sé a produrre il danno o che abbiano, comunque, concorso a produrlo»⁹⁷.

A partire dal 2009 si è poi sviluppato un filone interpretativo volto a riconoscere alla decisione dell'Agcm che constata l'infrazione il valore di «prova privilegiata» della sussistenza del comportamento accertato, con riferimento alla ricostruzione dei fatti e alla qualificazione di antigiuridicità della condotta⁹⁸.

Nelle pronunce più recenti, la Corte è andata oltre affermando che il ruolo di prova privilegiata della decisione amministrativa, pur non precludendo la facoltà per l'impresa convenuta in giudizio di fornire la prova contraria dei fatti accertati, impedisce che possano rimettersi in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione in base allo stesso materiale probatorio o alle stesse argomentazioni già disattesi in sede di procedimento davanti all'autorità di concorrenza⁹⁹.

Con la direttiva viene definito un quadro uniforme nel mercato interno. Essa, allineandosi all'orientamento in auge presso la giurisprudenza comunitaria (cfr. Corte eur. giust. 14-11-2000, C-344/98, Raccolta, 2000, I-11369 e Corte eur.giust. 6-11-2012, C-199/11), prevede che «Gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento

⁹⁷ Cass., sez. un., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, 1097 ss., con commento di R. PARDOLESI, A. Palmieri, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*.

⁹⁸ Corte di cassazione, sez. I civ., 13 febbraio 2009, n. 3640. La categoria della prova privilegiata è aspramente criticata da A. FRIGNANI, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa*, cit., 441, il quale evidenzia l'impossibilità di configurarla nel sistema delle prove civili in quanto distinta da quella delle prove legali.

⁹⁹ Cfr. Cass., 20 giugno 2011, n. 13486; Id. 4 marzo 2013, n. 5327, in *Foro it.* 2013, I, 1519 ss.; in *Merc. Conc. Reg.*, 2013, 429 ss.

del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza»¹⁰⁰.

Essa assegna, inoltre, alle decisioni da ultimo menzionate un'efficacia transfrontaliera, pur lasciando gli Stati liberi di scegliere se limitarsi a prevedere che le decisioni possano essere presentate in giudizio «almeno a titolo di prova prima facie» o, invece, andare oltre, estendendo anche ad esse l'effetto vincolante.

La formula scelta dal legislatore europeo impone di ritenere che l'accertamento della violazione, per vincolare il giudice civile, debba essere definitivo, vale a dire che la decisione dell'Autorità non deve essere più impugnabile ovvero che devono essere esauriti i rimedi impugnatori ordinari contro quella del giudice amministrativo.

L'effetto vincolante riguarda esclusivamente le decisioni che accertano una violazione del diritto della concorrenza e non si estende alle altre decisioni con cui può chiudersi il procedimento di un'autorità nazionale di concorrenza (ad esempio, le decisioni con impegni). Come già nel regime anteriore al recepimento della direttiva queste decisioni potranno essere utilizzate come elementi indiziari in ordine all'esistenza della violazione che il giudice valuterà secondo il suo prudente apprezzamento in applicazione dell'ordinario regime della prova nel processo civile.

Per quanto riguarda l'ampiezza dell'effetto vincolante, proprio come accade in relazione all'art. 651 c.p.p., il carattere definitivo dell'accertamento riguarda la natura della violazione e la sua dimensione materiale, personale, temporale e territoriale, senza che ciò comporti alcun accertamento dell'illecito dal punto di vista privatistico e del conseguente diritto al risarcimento di un eventuale danno¹⁰¹.

Venendo alle scelte del legislatore italiano in sede di recepimento, va rilevato che l'art. 7 opera una distinzione (in termini di valenza probatoria) tra le decisioni definitive rese dall'Autorità Antitrust nazionale (o sentenze di un giudice

¹⁰⁰ Cfr. art. 9, Direttiva 104/2014.

¹⁰¹ Direttiva, considerando 34 e decreto legislativo n. 3/2017, articolo 7. Cfr. S. VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, cit., 1181; G. BRUZZONE, A. SAIJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?* cit., 26 ss.

amministrativo, passate in giudicato) e quelle provenienti dalle Autorità (siano esse autorità amministrative o giudici) degli altri Stati membri.

In particolare, l'art. 7, primo comma, che costituisce l'esatta trasposizione della direttiva europea, riconosce valore di accertamento incontestabile della illiceità dei fatti alle decisioni adottate dall'Agcm (che è un'autorità amministrativa, non un organo giurisdizionale), nonché alle sentenze amministrative passate in giudicato, ai fini del giudizio risarcitorio pendente avanti al giudice ordinario, dando per provati fatti e disvalori del comportamento censurato, nei confronti dei quali non è, dunque, ammessa alcuna prova contraria da parte del convenuto¹⁰².

Di converso, il comma 2 della medesima disposizione non attribuisce eguale forza vincolante (e, dunque, inconfutabilità) alle decisioni delle Autorità garanti o di un giudice del ricorso degli altri Stati membri, ma si limita a statuire che detti pronunciamenti debbano assumere valore di "prova", nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale; elementi idonei, dunque, ad essere valutati dal giudice unitamente ad altre prove prodotte¹⁰³.

L'art. 9 della direttiva e la norma interna di recepimento suscitano qualche perplessità.

¹⁰² Secondo G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo. Relazione al Convegno "L'accertamento delle violazioni e dei danni da illecito antitrust"*, Milano, 14 novembre 2016, in *Riv. it. di dir. pubbl. com.*, 2016, 5, 1000, «si tratta di una disposizione fortemente innovativa, non solo perché pone al giudice civile, adito per il risarcimento dei danni subiti da terzi in relazione alla violazione della normativa antitrust da parte di un operatore di mercato, un limite che prima non sussisteva, ma anche perché attribuisce una particolare forza agli accertamenti compiuti in materia dall'Agcm, che fuoriesce dai consueti canoni di efficacia del provvedimento o della decisione amministrativa: così ponendo nuovi e (gravi) problemi di diritto amministrativo sostanziale e, conseguentemente, nuovi e particolari problemi anche di diritto processuale amministrativo».

¹⁰³ In Germania ad esempio, già prima della direttiva, il § 33.4 GWB, come modificato in occasione della 7ª novella del GWB del 2005, ha previsto che il giudice civile sia tenuto a conformarsi, nei giudizi risarcitori, al previo accertamento dell'infrazione contenuto in una decisione definitiva del BundesKartellamt (oltre che naturalmente della Commissione CE) ovvero nella sentenza passata in giudicato e resa in sede di impugnazione della decisione. Le legislazioni di altri dieci Stati membri prevedevano una simile efficacia vincolante, ma solo limitatamente ai provvedimenti della propria ANC. E' il caso ad esempio del Regno Unito dove le SS. 47 A e 58 A del Competition Act, introdotte nel 2002 con lo Enterprise Act, prevedono l'efficacia vincolante nei soli giudizi risarcitori delle decisioni definitive dell'OFT (ovvero del CAT in sede di appello): si tratta di un vincolo assoluto, dal quale il giudice non può sciogliersi, limitato però alle decisioni che constatano l'esistenza dell'infrazione.

Prima dell'intervento legislativo in dottrina si era discusso in merito ai rapporti, dal punto di vista processuale, tra l'azione risarcitoria incardinata presso il giudice ordinario ed il procedimento innanzi all'AGCM ovvero il ricorso avverso tale statuizione. L'atto di recepimento non qualifica con chiarezza il rapporto tra azioni. Nulla si dice in merito alla qualificazione giuridica del provvedimento sanzionatorio dell'Autorità garante, in termini di vero e proprio giudicato oppure di prova particolarmente attendibile, assimilabile pertanto alle presunzioni legali. La dottrina sul punto appare divisa¹⁰⁴.

La relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo si preoccupa di precisare come la previsione che impone la vincolatività dell'accertamento compiuto dall'Agcm risulti compatibile con i principi costituzionali in materia di diritto di difesa, poiché la sostanziale limitazione dei poteri processuali della parte convenuta, che non può dare prova contraria dell'avvenuta violazione che sia

accertata in via definitiva, va coordinata con la piena garanzia giurisdizionale accordata all'autore della violazione nei confronti dei provvedimenti sanzionatori dell'autorità, che possono essere impugnati davanti al giudice amministrativo.

Tuttavia, la norma in commento potrebbe collidere con i principi costituzionali del nostro ordinamento ed, in particolare, con l'art. 101, II comma Cost. per la limitazione al potere giudiziario che determinerebbe il rispetto di un provvedimento amministrativo, con l'art. 102 Cost. poiché sostanzialmente si riconoscerebbe ingiustificatamente autorità di giudicato ad una decisione

¹⁰⁴ P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del D.lgs. n. 3 del 2017*, cit., rileva che «la formulazione dell'art. 7, pur quanto non in modo espresso, sembra attribuire alle decisioni dell'Autorità garante efficacia di vero e proprio accertamento (e quindi sostanzialmente di giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c.), tale da escludere ogni potere di disapplicazione dell'atto amministrativo (sempre che così possa ancora considerarsi il provvedimento dell'autorità garante) da parte del giudice civile» Anche G. VILLA, *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corr. Giur.*, 2017, 4, 445, rileva come l'introduzione dell'art. 7 del D.Lgs. n. 3/2017 «pone in discussione il risultato a cui la precedente interpretazione maggioritaria era pervenuta, ovvero che non sussistesse una pregiudizialità del giudizio amministrativo in cui era impugnato il provvedimento dell'Autorità rispetto al giudizio civile, e fornisce alimento all'idea per cui, in caso di contestuale pendenza delle due azioni, la causa civile debba essere sospesa. *Contra*, però, con riferimento all'art. 9 della direttiva, A. D. DE SANTIS, *Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, cit., 1507 ss.

amministrativa nonché con i principi del giusto processo civile secondo i canoni sanciti dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6 CEDU.

Il procedimento amministrativo presso l'Agcm difetta di un contraddittorio processuale in quanto risulta carente la necessaria separazione tra giudicante e inquirente, assommando l'Autorità entrambe le funzioni senza una chiara e netta separazione. Se tale sovrapposizione di funzioni risulta fisiologica nell'agire amministrativo, appare viceversa intollerabile nell'ipotesi in esame in cui il provvedimento amministrativo pregiudica una parte significativa del giudizio civile innanzi alle giurisdizioni nazionali¹⁰⁵.

I vizi riscontrati non possono essere sanati attraverso il successivo procedimento giurisdizionale di impugnazione della decisione dell'AGCM, se esperito.

La Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Menarini¹⁰⁶, riguardante i procedimenti anti-trust svolti innanzi all'AGCM e nel caso Grande Stevens¹⁰⁷, concernente il procedimento della CONSOB in materia di abusi di mercato ex art. 187 ter del D.lgs. n. 58 del 199, utilizzando i famosi criteri elaborati con la sentenza *Engel*¹⁰⁸, ha qualificato i procedimenti svolti innanzi alle rispettive Autorità Amministrative indipendenti, in materia di illeciti anticoncorrenziali, come veri e propri procedimenti penali, sottoposti pertanto allo scrutinio ex art. 6, par. 1, CEDU.

Il sistema può funzionare in modo coerente con le prerogative costituzionali e sovranazionali¹⁰⁹ solo se le decisioni dell'autorità con effetto vincolante che applicano sanzioni "penali" siano assoggettate ad un controllo giurisdizionale pieno (in grado, cioè, di rivalutare ogni "questione di fatto e di diritto") mentre

¹⁰⁵ V. M. NEGRI, *Procedimenti paralleli in materia di antitrust: irragionevoli corollari processuali del vincolo dei giudici nazionali alle decisioni della Commissione Ce*, in *Int'l Lis*, 3-4, 2009, 135 ss., che nel valutare la compatibilità dell'art. 16 del Reg. 1/2003 con i principi del giusto processo *mutatis mutandis* esprime le medesime perplessità con riferimento al procedimento innanzi alla Commissione.

¹⁰⁶ C. dir. uomo, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics c. Repubblica italiana*.

¹⁰⁷ C. dir. uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Repubblica italiana*.

¹⁰⁸ C. dir. uomo, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*. I criteri di Engel, alternativi e non cumulativi, sono i seguenti: 1) la qualificazione giuridica della misura; 2) la natura della misura; 3) il grado di severità della sanzione.

¹⁰⁹ C. dir. uomo, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics c. Repubblica italiana*.

attualmente il controllo del tribunale amministrativo sulle decisioni delle Autorità garanti nel nostro ordinamento ha un ambito assai limitato¹¹⁰.

Anche in tempi recenti la Cassazione, riallacciandosi a precedenti statuizioni del 2005 (n. 8882/05) e del 2008 (n. 7063/08), ha ribadito che il sindacato del giudice sui profili tecnici si arresta «quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità, come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento delle intese restrittive della concorrenza», dal momento che tale sindacato «oltre un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati»¹¹¹.

Alla luce di quanto detto, la scelta del decreto di codificare gli approdi della giurisprudenza, escludendo la possibilità per il giudice amministrativo di sindacare i profili tecnici opinabili¹¹², non solo non riesce a dissipare le perplessità anzidette, ma le aggrava anche in relazione al fatto che, da un lato, risulta estranea a quanto richiesto dalla direttiva e, dall'altro, quest'esito non era imposto dai principi fissati dalla legge delega con conseguente dubbio di incostituzionalità per eccesso di delega delle previsioni in parola¹¹³.

Ciò vale a maggior ragione, se si consideri che, ad avviso della dottrina, la circostanza che le decisioni di accertamento dell'infrazione siano dotate di effetto vincolante nei successivi giudizi risarcitori rende imprescindibile la garanzia di un controllo giurisdizionale pieno anche quando non sono irrogate sanzioni e quindi oltre quanto richiesto dalla giurisprudenza Menarini¹¹⁴.

¹¹⁰ S. VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, cit., 1180.

¹¹¹ Cass. S.U., 20 gennaio 2014, n. 1013.

¹¹² Cfr. art. 7, D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.

¹¹³ In tal senso, S. VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, cit., 1181, L. MICCOLI, *Tra public and private enforcement: il valore probatorio dei provvedimenti dell'AGCM alla luce della nuova direttiva 104/14 e del D.lgs. 3/2017*, in www.juscivile.it; G. VILLA, *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, cit., 446.

¹¹⁴ G. BRUZZONE, A. SAIJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?* cit., 32 ss.

9 Il valore probatorio della decisione dell'Autorità Antitrust di accettazione di impegni

Può accadere che il procedimento sanzionatorio si arresti con una decisione dell'Autorità di accettazione degli impegni assunti dalle parti.

L'istituto delle decisioni con impegni è stato introdotto in Italia nel luglio del 2006, con l'inserimento nella l. 287/90 dell'art. 14-*ter* (articolo aggiunto dall'art. 14 del d.l. 223/2006 come modificato dalla relativa legge di conversione 248/2006, entrata in vigore il 12 agosto 2006), ai sensi del quale «entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione (...), le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria».

La norma rinviene la sua matrice nell'art. 9 del regolamento del Consiglio n. 1 del 2003 che – codificando, peraltro, una prassi già consolidata in seno alla Commissione europea in materia di concentrazioni¹¹⁵ – sancisce che «qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate propongano impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse» la Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese.

Le considerazioni che vengono in rilievo in sede di decisione sulla proposta di impegni sono diverse rispetto a quelle poste a base della decisione finale. Mentre nel primo caso l'apprezzamento dell'autorità è diretto a verificare l'idoneità o meno della proposta presentata a fugare i profili anticoncorrenziali ipotizzati, nella seconda ipotesi l'esame svolto ai fini delle determinazioni sanzionatorie assume un valore “finale e sostanziale”, che si traduce nella sussistenza o meno dell'illecito antitrust¹¹⁶.

¹¹⁵ Cfr. M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, Milano, 1998, 482 e 483.

¹¹⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393.

Quello degli impegni è un strumento alternativo al procedimento di accertamento degli illeciti, ispirato a ragioni di economia processuale, che mira a soddisfare due diverse esigenze: da un lato, quella dell'Autorità a risparmiare i tempi e le risorse dell'attività istruttoria vedendo rimossi in breve tempo i profili anticoncorrenziali ipotizzati, dall'altro, quella delle imprese a non vedere accertata la propria responsabilità, evitando sia l'irrogazione di una sanzione, che gli effetti negativi connessi all'accertamento di un illecito.

I vantaggi sanzionatori per le imprese riguardano esclusivamente il profilo pubblicistico mentre non è prevista alcuna immunità in sede civile nei procedimenti intentati da chi assuma di essere stato leso per effetto della condotta anticoncorrenziale.

A livello europeo, il Reg. 1/2003 stabilisce che «le decisioni concernenti gli impegni non pregiudicano la facoltà [...] delle giurisdizioni degli Stati membri di procedere a detto accertamento e di prendere una decisione» (cons. 13) e che «le decisioni d'impegno adottate dalla Commissione lasciano impregiudicato il potere delle giurisdizioni [...] degli Stati membri di applicare gli articoli [101] e [102] del Trattato» (cons. 22). Analogamente, a livello nazionale non vi è alcuna norma che, a fronte di una decisione con impegni, paralizzi le azioni di risarcimento del danno *ex art. 33, l. 287/1990*.

Nondimeno, l'istituto *de quo*, visto che le decisioni con impegni si caratterizzano per l'assenza di un accertamento formale dell'infrazione e della connessa responsabilità dell'impresa sul merito delle accuse inizialmente formulate, rischia di avere l'effetto di disincentivare il *private enforcement*, a causa delle maggiori difficoltà che i danneggiati incontrano in sede di prova dell'illecito¹¹⁷.

Tanto più che sul punto né l'art. 9 della direttiva né la disciplina interna di recepimento si preoccupano di chiarire i riflessi che una decisione concernente

¹¹⁷ L. DE LUCIA, V. MINERVINI, *Decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Conc. e merc.*, 2010, 526; G. DEMARTINI, *La definizione del procedimento antitrust tra esigenze di efficienza e tutela degli interessi coinvolti*, in *Riv. dir. comm. internaz.*, 2009, 4, 917 ss.; B. RABAI, *La conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazione di impegni. Considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, in *Dir. Amm.*, 2018, 1, 202.

impegni produce sul piano dell'onere della prova che incombe sul danneggiato che intenda far valere il suo diritto al risarcimento del danno.

Esclusa la possibilità di attribuire effetto vincolante all'impegno antitrust, visto il chiaro disposto delle norme richiamate, che riservano tale valore esclusivamente alle decisioni che constatano una violazione del diritto della concorrenza, ci si deve interrogare sul valore che la decisione e gli altri elementi ed atti adottati fino al momento dell'accettazione degli impegni possano assumere in un giudizio civile.

Il presupposto per l'accoglimento delle misure proposte dalle parti sembra essere l'effettiva sussistenza di profili anticoncorrenziali nella condotta oggetto di istruttoria. Tale considerazione appare anzitutto confermata dalla stessa logica alla base dell'istituto. Secondo il disposto dell'art. 9 del reg. CE n. 1/2003, infatti, la Commissione può fare uso dello strumento «qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione» e, dunque, al fine di risolvere una criticità concorrenziale. Ulteriori indicazioni in tal senso sono altresì fornite dalla giurisprudenza europea e nazionale.

La Corte di Giustizia, in una pronuncia resa precedentemente all'emanazione del regolamento n. 1, nella quale però le imprese avevano assunto alcuni impegni nei confronti della Commissione, ha affermato che «gli obblighi imposti alle ricorrenti dall'impegno vanno equiparati ad ingiunzioni dirette a far cessare l'infrazione a norma dell'art. 3 del regolamento n. 17 (...). Assumendo l'impegno in questione, le ricorrenti si sono perciò limitate, per propri motivi, ad assentire ad una decisione che la Commissione avrebbe potuto adottare unilateralmente»¹¹⁸.

In questo contesto non può, inoltre, non darsi conto di quanto affermato sempre dalla Corte di giustizia nel caso *Alrosa* e nel caso *Gasorba SL contro Repsol*¹¹⁹.

¹¹⁸ Corte giust., 20 maggio 1994, cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e da C-125/85 a C-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö v. Commissione*, in Racc., 1994, I-99.

¹¹⁹ Corte giust., 23 novembre 2017, C-547/16, *Gasorba e a. v. contro Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA*, in Racc. dig. avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dal Tribunal Supremo, nel procedimento Gasorba SL, Josefa Rico Gil, Antonio

Con la prima pronuncia la Corte, pur non condividendo la tesi dello stretto parallelismo tra decisioni in materia di impegni e di accertamento dell'infrazione propugnata dal Tribunale di Primo grado, richiedendo «che gli impegni di cui trattasi rispondano alle preoccupazioni che essa ha reso note alle imprese interessate» appare confermare la necessità che sia preliminarmente identificata, ai fini dell'utilizzo dell'istituto, la problematica concorrenziale che le misure accettate dalla Commissione sono volte a risolvere.

Con la più recente sentenza *Gasorba* la Corte ha per la prima volta affermato che le decisioni con impegni contengono “*an indication*” di una violazione delle norme antitrust¹²⁰.

Anche sul fronte interno, analogamente alla prassi comunitaria, si registrano alcune decisioni dalle quali emerge come la proposizione di impegni da parte delle imprese presupponga l'effettiva sussistenza di criticità concorrenziali. In particolare, nel caso *MasterCard*¹²¹ la Corte si è spinta sino a riconoscere che la presentazione di impegni, in connessione ad altri elementi, sia indicativa di un certo grado di consapevolezza in capo alle imprese circa la potenziale illiceità delle condotte all'attenzione dell'Autorità.

Nel 2013 il Tribunale di Milano¹²² ha poi affermato che «la valutazione di idoneità degli impegni da parte dell'Autorità, nel rispetto del principio di proporzionalità», non può che «presupporre una condotta anticoncorrenziale (e non un semplice sospetto) in considerazione della strumentalità dei primi per elidere conseguenze distorsive della seconda (e non per fornire regole orientative del mercato a prescindere dall'esigenza di eliminare condotte anticoncorrenziali). Ne consegue che anche alla decisione dell'Agcm con cui si sono rese vincolanti le

Ferrandiz Gonzalez contro Repsol Comercial de Productos Petroliferos SA, nel quale il giudice del rinvio domanda se l'articolo succitato osta a che un giudice nazionale dichiari la nullità di un accordo tra imprese sul fondamento dell'articolo 101, paragrafo 2, TFUE, qualora la Commissione abbia precedentemente accettato impegni concernenti il medesimo accordo e li abbia resi obbligatori in una decisione adottata ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, di tale regolamento.

¹²⁰ *Ibidem*, punto 29.

¹²¹ Cfr. Cons.Stato, 20 luglio 2011, n. 4393.

¹²² Trib. Milano, Sez. I, 3 ottobre 2013, n. 12227.

misure proposte dalle parti può riconoscersi in sede civile il valore di prova privilegiata quanto alla posizione rivestita dalla parte sul mercato ed al suo abuso».

Pur consapevoli delle ricadute che tale scelta potrebbe avere sull'appetibilità per le imprese delle decisioni con impegni, alla luce di quanto argomentato, pare ragionevole optare per un'interpretazione favorevole al riconoscimento del valore di prova indiziaria ai provvedimenti di apertura e chiusura del procedimento nei quali l'Autorità procede non solo ad una descrizione preliminare, ma piuttosto puntuale, dei mercati interessati, delle condotte potenzialmente rilevanti, ma anche ad un primo inquadramento giuridico della fattispecie oggetto di indagine¹²³.

Data la delicatezza degli interessi in gioco, sarebbe, comunque, stato quanto mai opportuno un intervento chiarificatore del legislatore idoneo a meglio coordinare il pilastro pubblico e quello privato nonché a preservare principi cardine del nostro ordinamento, quali quello di certezza del diritto e di legittimo affidamento.

10 I soggetti legittimati a richiedere il risarcimento

Pur concentrando la sua attenzione sugli aspetti c.d. *in action* del rimedio, l'ordito normativo della direttiva contiene un gruppo di norme che risultano fondamentali per connotare la struttura del risarcimento del danno da illecito antitrust. Di fondamentale importanza a tal fine risulta essere la disciplina sulla legittimazione ad agire.

Come noto, infatti, il tema della legittimazione ad agire in via risarcitoria da parte delle vittime di un illecito anticoncorrenziale rappresenta un terreno ricco di insidie in considerazione della forza plurioffensiva delle condotte anticompetitive, potenzialmente idonee a pregiudicare contemporaneamente gli

¹²³ A. PERA, G. CODACCI PISANELLI, *Decisioni con impegni e private enforcement nel diritto antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2012, 1, 95; B. RABAI, *La conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazione di impegni. Considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, cit., 200 la quale «ritiene possibile attribuire agli impegni *antitrust* valore di presunzioni semplici ex art. 2729 c.c.».

interessi di una pluralità di soggetti nonché dei possibili effetti di traslazione (cd. *passing on*) dei danni da un soggetto ad un altro¹²⁴.

La varietà di situazioni coinvolte richiede di essere bilanciata con la necessità di non ampliare indiscriminatamente il novero dei soggetti che possono far valere in giudizio pretese risarcitorie, esigenza con cui devono misurarsi anche le proposte di introdurre lo strumento di matrice statunitense della *class action*.

Le soluzioni accolte dagli Stati membri sono state nel tempo tra le più disparate e le applicazioni giurisprudenziali presentano esempi estremi¹²⁵.

La Corte di giustizia ha già da tempo attribuito a quanti abbiano patito un danno da una pratica anticoncorrenziale la legittimazione a chiedere il risarcimento dei danni.

In particolare, con la celebre sentenza *Courage*, vero *leading case* in materia, essa ha riconosciuto a chiunque, impresa o consumatore, il diritto di chiedere il risarcimento del danno derivante da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza.

¹²⁴ Il problema, ampiamente affrontato nel diritto antitrust statunitense, è stato oggetto di una trattazione monografica nell'ordinamento italiano, da parte di A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Giuffrè, Milano, 1996, spec. 321 ss., il quale ha concluso nel senso che i soggetti di norma legittimati sono proprio gli utilizzatori finali, non importa se imprenditori o consumatori. Il criterio generale, per individuare la categoria di soggetti economicamente danneggiati (nel caso di prezzi imposti da un cartello di produttori), dovrebbe essere costituito dall'analisi della curva di domanda: nel caso di domanda molto elastica, la traslazione del prezzo di cartello allo stadio successivo è impossibile o difficoltosa, sicché il danno si concentrerà sui diretti contraenti delle imprese partecipanti al cartello. Nel caso di domanda assolutamente rigida, sarà normale la traslazione integrale dell'aumento sul consumatore finale. Nella realtà, vi sono infinite variabili che complicano i casi. Il problema cruciale diviene allora quello dell'onere della prova. In questa prospettiva, si discute appunto se i distributori intermedi di un prodotto a domanda rigida, che sono in grado di trasferire sui consumatori finali gli aumenti di prezzi subiti ad opera di un cartello di produttori, non siano esclusi dal diritto al risarcimento per l'operare del principio di evitabilità del danno. In tal senso l'orientamento giurisprudenziale prevalente in Germania, anche se criticato *de jure condendo* (cfr. J. BENINCO, *Schadenersatzansprüche vom Kunden eines Kartells?*, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2004, 604 ss.).

¹²⁵ Sul punto, P. AMICO, *Intese e pratiche lesive della concorrenza: alla ricerca di un modello europeo per le azioni di risarcimento danni*, in *Contr.*, 2005, 4, 407, riporta vari esempi. Si veda il caso tedesco Max Boegl deciso dal Berliner Landgericht il 27 giugno 2003, ove al consumatore non viene riconosciuto il diritto di chiedere il rimborso del sovrapprezzo pagato in presenza di un cartello, in quanto non ritenuto destinatario diretto della collusione; speculare invece è il caso Provimi, 6-5-2003, ove l'English High Court ha attribuito a chiunque il diritto ad ottenere il risarcimento per danni da una filiale di un'impresa partecipante ad un cartello, sulla base della mera operatività nel mercato interessato dal cartello stesso. In tema di azioni collettive inoltre, appare utile ricordare che una forma di azione collettiva è stata introdotta nel 2003 in Svezia, mentre altre forme simili di tutela sono previste in Olanda, Spagna, Portogallo, Regno Unito e Polonia: a non consentire invece alcun tipo di azione risarcitoria per illeciti antitrust ai consumatori è la Grecia.

La sentenza ha, però, lasciato aperti numerosi dubbi in merito alla configurazione del rimedio risarcitorio tra i quali quello legato alla legittimazione attiva.

La mancata specificazione di cosa si debba intendere per *any individual*, ha prodotto in alcuni casi un effetto paradossale favorendo, in ambito nazionale, le interpretazioni più restrittive¹²⁶.

Nel 2006 con la sentenza *Manfredi*¹²⁷, richiamando *Courage*, i giudici del Lussemburgo hanno ribadito che l'efficacia dell'art. 81 Tratt. CE (ora 101 TFUE) sarebbe messa in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza, laddove esista un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa (o una pratica) vietata.

La decisione *Manfredi* può essere letta come una esplicitazione ed un chiarimento del concetto di “*any individual*” contenuto in *Courage*¹²⁸, il cui principio cardine viene esteso anche ad ipotesi diverse dalle intese verticali e a legittimati diversi dalle parti complici dell'illecito: in un caso di cartello il consumatore – e, quindi, davvero chiunque – ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando esiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o pratica vietata dall'art. 81 del Trattato CE.

Più di recente, nel caso *Otis*¹²⁹, sviluppando ulteriormente le conclusioni raggiunte nella giurisprudenza precedente, la Corte ha chiarito che l'effetto utile derivante dagli artt. 81 e 82 TCE sarebbe vanificato «se non tutti potessero chiedere il risarcimento del danno asseritamente causato da un contratto o da un comportamento siffatti (*id est*, anticoncorrenziale)». Il diritto al risarcimento

¹²⁶ Così N. REICH, *The “Courage”-doctrine: Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust injuries?*, in *CML Rev.*, 2005, 1, 42 s. il quale cita un caso deciso dal Landgericht tedesco del Mainz nel gennaio 2004, relativamente ad un'ipotesi di cartello nel settore delle vitamine: la corte tedesca ha respinto la richiesta risarcitoria di un acquirente affermando che la dottrina *Courage* trova applicazione esclusivamente con riguardo alle parti che sono destinatarie dirette del cartello e che ne sono direttamente interessate.

¹²⁷ Corte giust., 13 luglio 2006, cause da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi e a.*, cit.

¹²⁸ Cfr. parr. 60-64. In tal senso M. COLANGELO, *Le evoluzioni del private enforcement: da Courage al libro bianco*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 3, 655.

¹²⁹ Corte di giustizia CE, grande Sezione, 6 novembre 2012, causa C-199/11, *Europese Gemeenschap v. Otis NV*.

rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza dell'Unione ed è dotato di efficacia deterrente: «ne deriva che tutti hanno il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando sussiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o una pratica vietata dall'articolo 81 CE».

Così ha riconosciuto la massima estensione al diritto d'azione («tutti hanno il diritto di chiedere il risarcimento»), fino a ricomprendervi gli stessi soggetti pubblici eventualmente danneggiati (nel caso di specie l'Unione europea a mezzo della Commissione), senza che a ciò possa essere d'ostacolo la titolarità delle funzioni di *public enforcer*.

Nella nostra giurisprudenza, il riconoscimento a qualsiasi danneggiato della legittimazione ad agire per il risarcimento del danno antitrust è successivo al primo degli interventi comunitari citati e si collega ad un mutamento di interpretazione degli obiettivi di tutela perseguiti dalla legge. Fino alla nota pronuncia resa dalla Suprema Corte a Sezioni Unite nel 2005¹³⁰ con la quale è stato individuato nell'illecito antitrust un torto plurioffensivo, idoneo a ledere i diritti di qualunque singolo, e non solo degli imprenditori concorrenti (v. *supra* § 8.2), era in particolare negata la legittimazione attiva dei consumatori finali. Tale esclusione si basava sull'idea che le finalità perseguite dalla disciplina antitrust fossero limitate, al pari della corrispondente disciplina codicistica contenuta negli artt. 2595 ss. c.c., alla sola tutela della libera concorrenza tra imprese. Sulla base di tali premesse, la giurisprudenza, sia di legittimità¹³¹, sia di merito¹³², affermava l'applicabilità della legge antitrust alle sole azioni risarcitorie promosse dagli imprenditori concorrenti. Ove fosse stato invece un consumatore a lamentare di

¹³⁰ Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit., 440.

¹³¹ Cass. civ., 4 marzo 1999, n. 1811, in *Riv. dir. ind.*, 2000, II, 421; Cass. civ., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it.*, 2003, I, 1121. La vicenda su cui è stata chiamata a pronunciarsi la Suprema Corte in questa sentenza è nota: a seguito di un provvedimento del Garante che aveva accertato l'intesa illecita di ben 39 compagnie assicuratrici, numerosi assicurati, ipotizzando un nesso tra intesa e aumenti illeciti del costo della polizza, si rivolgono ai Giudici di Pace per ottenere la restituzione di quanto pagato in eccesso. La scelta del giudice adito è oggetto di eccezione da parte delle imprese convenute, che non esitano a far ricorso alla Suprema Corte, la quale conferma la competenza del Giudice di Pace, sulla base dell'inapplicabilità della disciplina antitrust nei confronti del consumatore.

¹³² App. Torino, 6 luglio 2000, in *Danno e resp.*, 2001, 46.

aver subito un danno, la strada da seguire era quella ordinaria, basata sull'art. 2043 c.c. e soggetta ai normali criteri di competenza.

La posizione delle S.U. è stata da ultimo ribadita dalla Corte di Cassazione con sentenza del 28 maggio 2014¹³³.

A distanza di più di dieci anni, non pare, dunque, esservi più alcuno spazio per dubbi circa la legittimazione del consumatore a domandare il risarcimento del danno derivante da violazioni dell'antitrust europeo e nazionale, alla luce del riconoscimento, da parte della Corte di giustizia CE (ora UE) dello *standing to sue* sia alle imprese concorrenti dell'autore dell'illecito, il cui interesse alla libertà di iniziativa economica viene leso dalle pratiche escludenti, sia ai "clienti" delle imprese che pongono in essere pratiche di sfruttamento, ossia a coloro che costituiscono la domanda del bene o servizio prodotto dall'autore dell'illecito e sono interessati al mantenimento della struttura concorrenziale del mercato.

Su questa scia, la direttiva suggella l'*acquis* comunitario adottando una formula particolarmente ampia, volutamente volta a comprendere qualsiasi persona fisica o giuridica che abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di una associazione di imprese e, dunque, oltre agli acquirenti o ai fornitori diretti o indiretti delle imprese, anche altri soggetti danneggiati come, ad esempio, i c.d. *umbrella customers*.

In particolare, il considerando 12 stabilisce che «Chiunque abbia subito un danno causato da una tale violazione può chiedere un risarcimento per il danno emergente (*damnum emergens*), per il guadagno di cui è stato privato (lucro cessante o *lucrum cessans*), oltre agli interessi indipendentemente dal fatto che tali categorie siano definite separatamente o unitariamente dal diritto nazionale»¹³⁴.

¹³³ Cass., 28 maggio 2014, n. 11904, in *Foro it.*, 2014, I, c. 1729.

¹³⁴ Ed invero a tale fattispecie sembra riferirsi l'art. 11 della Direttiva quando menziona ad esempio, al comma 4, lett.b) gli "altri soggetti danneggiati" (altri, per l'appunto, rispetto agli acquirenti e ai fornitori vuoi diretti vuoi indiretti menzionati immediatamente prima alla lettera a) del medesimo comma). In tal senso v. C. CAUFFMAN, N. PHILIPSEN, *Who does what in competition law: harmonizing the rules on for damages for infringements of the EU competition rules*, in *Maastricht European Private Law Institute Working Paper*, No. 2014/19, November 2014, disponibile al sito <http://ssrn.com/abstract=2520381>, 9. Concorda sul punto J.-U. FRANK, *Umbrella pricing and cartel damages under EU competition law*, in *EU Working Paper LAW*, 2015/18, 18, il quale, tuttavia, fa notare che la presenza nella Direttiva di un timido cenno alla figura delle vittime del prezzo di protezione non risulta sufficiente a sostanziare un più generale principio di risarcibilità del danno derivante dagli *umbrella effects*. Vedi, tuttavia, in senso contrario F.P.

Negli stessi termini si esprimono tanto l'art. 12 della direttiva quanto l'art. 10 della nostra normativa di recepimento.

La direttiva si occupa esclusivamente del danno da sovrapprezzo¹³⁵, mentre traslascia le condotte escludenti, le quali, pur sollecitando certe tecniche di tutela ulteriori rispetto a quella risarcitoria, segnatamente misure inibitorie e/o comportamentali, non mancano però di generare danno risarcibile. Nonostante ciò, anche alla luce dell'ampia formulazione utilizzata, non paiono esservi dubbi in merito alla possibilità di riconoscere alle vittime di tali illeciti la legittimazione a richiedere il risarcimento dei danni.

11 Il *passing on* offensivo e la tutela degli acquirenti indiretti

La traslazione del sovrapprezzo è quel fenomeno economico, riconducibile alle relazioni verticali che legano il processo produttivo a quello distributivo, per cui ciò che avviene in un determinato anello della filiera commerciale tende a ripercuotersi sul livello successivo.

Il favore verso un impiego tanto difensivo quanto offensivo del trasferimento del sovrapprezzo può essere rinvenuto, come noto, già in seno al Libro Bianco del 2008¹³⁶ e nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

Anche nella giurisprudenza degli Stati membri dell'Unione europea¹³⁷ troviamo delle pronunce che, collocandosi lungo la linea tracciata dalla

MAIER RIGAUD, *Toward a European Directive on Damage Actions*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2014, 2, 346 ss., secondo il quale la (Proposta di) Direttiva privilegierebbe il risarcimento del danno manifestatosi nella forma di sovrapprezzo e del solo danno subito da operatori che si trovano all'interno della medesima catena di valore verticale, mentre sembrerebbe non curarsi di altre tipologie di danno quale, ad esempio, una riduzione del tasso di innovatività del mercato e, in generale, di tutte quelle tipologie di pregiudizi che si collocano al di fuori della catena produttiva ovvero ad un livello assai remoto rispetto a quello in cui si è manifestata la violazione.

¹³⁵ E. CAMILLERI, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale nella direttiva 2014/104/UE*, cit., 38, nonché con riferimento alla proposta di direttiva M. LIBERTINI, *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari*, in *Conc. Merc.*, 2014, 272.

¹³⁶ Se ne veda, in particolare il § 2.6.

¹³⁷ Si vedano, per l'Inghilterra *Emerald Supplies v. British Airways*, 2010, EWCA Civ 1284; ed anche *Devenish Nutrition Limited v. Sanofi-Aventis SA (France) & Ors*, 2008, EWCA Civ 1086; per la Francia *Tribunal de Commerce de Nanterre*, 11 maggio 2006, R.G. 2004FO2643, *Arkopharma v. Rochel/Hoffmann La Roche*; *Tribunal de Commerce de Paris*, 26 gennaio 2007, R.G. 2003/04804, *Laboratoires Juva v. Rochel/Hoffmann La Roche*; per la Danimarca *Corte Suprema*, 20 aprile 2005, GT Linien A/S (in

giurisprudenza della Corte di giustizia nei casi *Courage* e *Manfredi*, riconoscono l'ammissibilità del *passing-on*.

La direttiva riconosce la legittimazione attiva in capo agli acquirenti indiretti di beni o servizi, i quali abbiano patito una traslazione a valle del sovrapprezzo monopolistico, determinatosi in corrispondenza di stadi precedenti della catena di approvvigionamento¹³⁸.

Tanto si può desumere dall'art. 12 il quale recita che «il risarcimento del danno possa essere chiesto da chiunque lo abbia subito, indipendentemente dal fatto che si tratti di acquirenti diretti o indiretti dell'autore della violazione».

In particolare l'ordito normativo contenuto nel Capo IV rubricato «trasferimento del sovrapprezzo» da corpo ad un modello europeo di antitrust *private enforcement* che apre ad un uso vuoi difensivo, vuoi offensivo del *passing-on*. Infatti la direttiva stabilisce che l'eccezione di trasferimento va sempre consentita al convenuto, ma l'acquirente indiretto potrà avvalersi del *passing-on* con prova «agevolata» in quanto, anziché dover ricostruire tutti i passaggi, potrà invocare una «presunzione semplice» di trasferimento del danno dal produttore al consumatore (alla triplice condizione che sia provata la violazione, il sovrapprezzo da essa determinato, l'acquisto dei beni oggetto della ridetta violazione), salvo il diritto dell'autore dell'infrazione di fornire prova liberatoria contraria in modo verosimile ed adeguato¹³⁹.

Questa scelta si pone in rigorosa consequenzialità rispetto al principio elaborato dalla Corte di giustizia per cui, a fronte di un illecito antitrust, a *chiunque* debba essere riconosciuta la facoltà di dedurre la violazione delle norme del Trattato a fondamento di una pretesa civilistica risarcitoria¹⁴⁰ e costituisce logica

insolvency) v. DSB and Sandlines; per l'Italia App. Torino, 6 luglio 2000, Indaba Incentiva Company s.r.l. v. Juventus F.C. S.p.a, in *Danno e resp.*, 2001, 46; App. Cagliari, 23 gennaio 1999, in *Giur. it.*, 2000, 346.

¹³⁸ Per un'analisi più approfondita si v. per tutti G. AFFERNI, *La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario*, in *Conc. Merc.*, 2008, 494 ss.; M. CARPAGNANO, *Le difese dell'impresa convenuta e il passing-on*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. PACE, Napoli, 2013, 298 ss.

¹³⁹ Art. 14, 2° comma, Direttiva.

¹⁴⁰ V. ancora le sentenze *Courage*, cit. (punti 24 e 26: «qualsiasi singolo è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, anche qualora sia parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi di tale disposizione»; «la piena efficacia dell'art. 85 CE e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di tale articolo sarebbero messi in discussione se

conseguenza la posizione di subalternità riservata nel sistema europeo alla prospettiva di *deterrence* rispetto a quella compensativa¹⁴¹.

In tal senso si spiegano i successivi commi 2 e 3 sempre dell' articolo 12, alla cui stregua il danno emergente risarcibile deve sì tenere conto della differenza tra prezzo effettivamente pagato e prezzo che sarebbe stato pagato in assenza della violazione, ma da esso si deve detrarre la quota-parte del sovrapprezzo monopolistico che l'attore sia eventualmente riuscito a traslare a carico degli anelli successivi della catena di produzione¹⁴², seppur fatto salvo il ristoro del lucro cessante che possa essergli derivato in dipendenza di una qualche riduzione del volume di vendite, effetto dalla traslazione attuata.

Si tratta di una scelta che si pone in controtendenza rispetto al modello americano ove trova applicazione la cd. *indirect purchaser rule* elaborata dalla Corte Suprema, nei casi *Hanover Shoe Inc* e *Illinois Brick Co*.

In particolare, nel caso *Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, del 1968¹⁴³ la Corte Suprema ha escluso che l'impresa convenuta, responsabile dell'infrazione antitrust, possa invocare a suo favore il fatto che l'attore non è stato danneggiato dalla pratica anticoncorrenziale in questione per aver trasferito i danni su altri soggetti situati più a valle nella catena distributiva. La Corte, invero, non ha negato la possibilità che dal punto di vista economico il danno venga traslato a valle, ma ha escluso l'ammissibilità di quest'eccezione sulla base di due ordini di considerazioni. In primo luogo, sarebbe eccessivamente difficile stabilire se ed in quale misura il sovrapprezzo anticompetitivo sia stato traslato a valle mediante un

chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza», e Manfredi, cit. (punti 60-61 e 90), specificamente riguardante un'ipotesi di cartello (ove peraltro, trattandosi di polizze di assicurazione, la collocazione al pubblico era diretta e non “mediata” da altri anelli della catena distributiva, al netto di qualunque possibilità di traslazione del sovrapprezzo).

¹⁴¹ In tal senso F. MEZZANOTTE, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2018, 232 rileva che «in un contesto nel quale la quantificazione del danno antitrust opera sulla scorta di un criterio strettamente compensativo la disposizione in commento, isolatamente considerata, appare esplicitare una regola già autonomamente desumibile dai principi generali del sistema tanto che pure in assenza di un'espressa previsione normativa, risultati interpretativi sostanzialmente equipollenti sono stati già raggiunti dalla nostra giurisprudenza di merito ...».

¹⁴² V. considerando n. 39, direttiva 2014/104.

¹⁴³ *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481, 1968.

aumento del prezzo¹⁴⁴. In secondo luogo, accogliendo l'eccezione di traslazione del danno, i soli legittimati a chiedere il risarcimento del danno sarebbero gli acquirenti indiretti, ed in ultima analisi, i consumatori finali i quali potrebbero non avere interesse ad agire in giudizio, dato che nella normalità dei casi subiscono un danno scarsamente rilevante, con conseguente pregiudizio per l'efficacia deterrente del risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust¹⁴⁵.

Nel successivo caso *Illinois Brick Co. v. Illinois*, del 1977 la Corte ha completato il ragionamento, affermando che se non è possibile invocare il *passing-on* dei danni per escludere il diritto al risarcimento dell'acquirente diretto, per simmetria non deve essere possibile per gli acquirenti indiretti invocare il *passing-on* per chiedere il risarcimento dei danni patiti (c.d. *offensive passing-on*), poiché altrimenti si correrebbe il rischio di esporre il convenuto ad un rischio di responsabilità multipla, dovendo risarcire più volte lo stesso danno, una prima volta all'acquirente diretto, una seconda volta al primo acquirente indiretto su cui il danno è stato traslato, e così via, sino ai consumatori finali¹⁴⁶.

Questa scelta si spiega, da un lato, in quanto l'acquirente diretto si pone in rapporto più stretto con la violazione e quindi è meglio in grado di dimostrare le sue ragioni e, dall'altro, poiché, essendo maggiore il danno da questi subito rispetto a quello patito dagli acquirenti indiretti, egli è più incentivato ad iniziare l'azione risarcitoria.

La *common law*, in questo sostanzialmente appoggiata dalla dottrina dominante, ha, infatti, nel tempo elaborato strumenti sempre più sofisticati per enfatizzare al massimo la capacità punitivo-sanzionatoria-deterrente dell'azione risarcitoria e proprio in quest'ottica si è ritenuto di selezionare i soggetti legittimati ad agire non soltanto in base alla dimostrazione di aver subito un danno direttamente riconducibile alla violazione di una norma antitrust, ma attribuendo

¹⁴⁴ *Idem*, p. 492.

¹⁴⁵ *Idem*, p. 494.

¹⁴⁶ Cfr. *Illinois Brick Co. v. State of Illinois*, 431 U.S. 720, 1977 si legge che «allowing offensive but not defensive use of pass-on would create a serious risk of multiple liability for defendants».

l'azione, di volta in volta, al soggetto che appaia nella migliore posizione per promuoverla¹⁴⁷.

La esclusione degli *indirect purchasers* dal novero dei possibili legittimati in *treble damages action* ha suscitato, d'altro canto, molte critiche¹⁴⁸. Addirittura, si è evidenziato che tale regola potrebbe incentivare comportamenti collusivi tra l'acquirente diretto (unico soggetto legittimato a citare in causa il cartellista o il monopolizzatore), e lo stesso cartellista/monopolizzatore. Questi, infatti, potrebbe avere l'interesse a "comprare" il silenzio dell'unico legittimato all'azione attraverso una spartizione dei profitti ottenuti mediante la violazione antitrust¹⁴⁹.

Poco tempo dopo la pubblicazione della decisione del caso *Illinois Brick*, questo dibattito ha indotto molti Stati americani ad adottare delle legislazioni specifiche (cd. *Illinois Brick repealer*), che riconoscono espressamente agli acquirenti indiretti la legittimazione ad agire presso le corti statali per ottenere il risarcimento del sovrapprezzo che gli acquirenti diretti hanno traslato su di loro mediante un aumento del prezzo¹⁵⁰, la cui legittimità è stata esplicitamente confermata dalla Corte Suprema¹⁵¹.

Proprio queste criticità, unitamente alla tensione che l'accoglimento della soluzione adottata oltreoceano avrebbe creato con le regole sulla responsabilità civile degli stati membri improntate sulla logica della *full compensation*, inducono, a parere di chi scrive, a ritenere preferibile la scelta effettuata dal legislatore dell'unione.

¹⁴⁷ A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normative antitrust*, cit., 247 ss.

¹⁴⁸ R.G. HARRIS, L.A. SULLIVAN, *Passing on the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1979, 2, 349. Si v. inoltre R.D. BLAIR E J.L. HARRISON, *Reexamining the Role of Illinois Brick in Modern Antitrust Standing Analysis*, in *George Washington Law Review*, 1999, 1, 1, i quali propongono, tra le altre soluzioni, di sostituire la regola rigida di *Illinois Brick* con quella elastica formulata dalla stessa Corte Suprema nel caso *Associated General Contractors of California, Inc. v. California State Council of Carpenters*, 459 U.S. 519, 1983.

¹⁴⁹ M.P. SCHINKEL, J. TUINSTRA E J. RUGGEBERG, *Illinois Walls: how barring indirect purchaser suits facilitates collusion*, in *The RAND Journal of Economics*, 2008, 683. A tal proposito si suole parlare di *Illinois Wall* per indicare i casi in cui il soggetto che commette la violazione potrebbe comprare il silenzio del distributore.

¹⁵⁰ Attualmente più di 35 Stati attribuiscono (su base legislativa o giurisprudenziale) la legittimazione attiva per il risarcimento del danno agli acquirenti indiretti. Cfr. *Antitrust Modernization Commission, Report and recommendations*, Aprile 2007, p. 269, disponibile su: <http://govinfo.library.unt.edu/amc/report-recommendation/toc.html>.

¹⁵¹ *California vs. ARC America Corp.*, 490, U.S. 93, 1989.

Ciò non vuol comunque dire che la disciplina in materia sia scevra da difficoltà applicative.

Un primo elemento di perplessità è costituito dalle difficoltà esistenti in sede di quantificazione del danno da contrazione dei volumi di vendita subito da colui che abbia deciso di traslare a valle il sovrapprezzo pagato¹⁵².

Non può poi sottacersi che, giusto le previsioni in tema di uso offensivo del *passing-on* determinano il rischio di una sovracompensazione tutte quelle volte in cui il convenuto non sia in grado di dimostrare né la sussistenza del *passing-on*, né, contemporaneamente, la sua assenza, ed è pertanto potenzialmente chiamato a risarcire più volte il medesimo danno¹⁵³ (v. *infra* cap. IV).

Infine, proprio la tematica del *passing-on* mette a nudo tutti i nodi irrisolti che il risarcimento danni da illecito antitrust solleva in tema di causalità (v. *infra* cap. IV, § 6), data l'eccessiva distanza tra la violazione e danno su cui si infrange la richiesta risarcitoria dell'attore e, anche in ragione degli alti costi sociali che conseguono a un riconoscimento così vasto della legittimazione ad agire, ha indotto taluni a negare la legittimazione all'azione di danni in capo al consumatore finale, essendosi ritenuto il danno eventualmente subito da quest'ultimo conseguenza solo indiretta del cartello¹⁵⁴.

¹⁵² E. CAMILLERI, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale nella direttiva 2014/104/UE*, cit., 51

¹⁵³ V. in tal senso G. VILLA, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, 3, 308; ma diversamente, G. AFFERNI, *La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario*, cit., 503, il quale – richiamando F.W. Bulst, *Private Antitrust Enforcement at a Roundabout*, in *European Business Organization Law Review*, 2006, 742 ss. – considera il rischio «molto circoscritto, se non addirittura praticamente irrilevante».

¹⁵⁴ E. Camilleri, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale nella direttiva 2014/104/UE*, cit., 56 il quale rileva che quanto più ci si allontani dalla violazione commessa, «la causalità (..) a maglie larghe per quanto la si voglia intendere, il più delle volte fa difetto in relazione alla propagazione del danno antitrust, fino al punto da sbiadire del tutto ed impedire che il ristoro patito possa tecnicamente attingere al rimedio aquiliano». *Contra* M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, 10, 934 che, viceversa, sostiene che «il punto però sembra superabile, in linea di principio, attraverso il corretto impiego di criteri di causalità giuridica». Sul punto v. I. LIANOS, *Causal uncertainty and damages claims for the infringement of competition law in Europe*, in *CLES Research Paper Series*, n. 2/2015, 46, dove si osserva come mentre la Direttiva adotta un approccio aperto verso la legittimazione ad agire (stabilendo, all'art. 1, comma 1, che «chiunque abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza [...] possa esercitare in maniera efficace il diritto di chiedere [...] il pieno risarcimento del danno»), al nesso di causalità viene implicitamente attribuito il ruolo di filtro, con la funzione di circoscrivere il numero di controversie.

12 Una solidarietà a “geometria variabile”

L'art. 11 della direttiva 2014/104, riprodotto senza sostanziali modifiche nell'art. 9 del decreto interno di attuazione, tocca un punto scarsamente considerato nelle azioni di risarcimento del danno per illecito antitrust, ossia quello dei legittimati passivi all'azione risarcitoria.

Eppure, la determinazione dei soggetti responsabili costituisce l'altra faccia della medaglia del diritto stesso a chiedere il risarcimento dato che la sussistenza di questo diritto sulla base dell'articolo 101 TFUE presuppone che vi sia un obbligo giuridico che è stato violato e che vi sia un soggetto responsabile di tale violazione¹⁵⁵.

Con la disposizione in esame, al fine di rafforzare la possibilità per i danneggiati di ottenere il pieno risarcimento del danno subito, ampliando il novero dei possibili destinatari dell'azione risarcitoria, il legislatore introduce il principio della responsabilità solidale delle imprese che abbiano congiuntamente partecipato alla condotta illecita¹⁵⁶.

Si tratta di una regola simile a quella prevista nel nostro codice civile dall'art. 2055 il quale tuttavia a differenza della direttiva, che da un punto di vista letterale assume come riferimento l'unità della condotta, stringe in responsabilità solidale più persone che concorrono a cagionare il medesimo danno.

Nell'ordinamento giuridico italiano, nell'unica pronuncia in merito, la Corte d'Appello di Roma ha ritenuto sussistente un vincolo di solidarietà tra le imprese che hanno cagionato un danno attraverso la medesima violazione della normativa¹⁵⁷.

¹⁵⁵ In tal senso si v. il punto 61 delle conclusioni, presentate il 6 febbraio 2019, dall'Avvocato Generale Nils Wahl nella causa C-724/17, il quale sul punto cita W. HOHFELD, 'Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning', Yale Law Journal, Vol. 23, 1913, 30 - 32 e W. VAN GERVEN, «Of rights, remedies and procedures», Common Market Law Review, vol. 37, 2000, 524.

¹⁵⁶ Per un più compiuto esame sia consentito rinviare a C. OSTI, *Joint and Several Liability Under the EU Competition Law Damages Directive*, in AIDA, 2015, 62, G. AFFERNI, *Il risarcimento dei danni per violazioni del diritto della concorrenza: prescrizione e responsabilità solidale*, in Nuove leg. civ. comm., 2018, 1, 171 ss.; M. F. CAMPAGNA, *La responsabilità solidale incalcolabile dell'illecito antitrust*, in An. Giur. Ec., 2017, 2, 451 ss.

¹⁵⁷ Corte d'Appello Roma, sent., 31.03.2008, n. 1337, International Broker c. La Raffineria di Roma e altre

Per effetto di esso più imprese che abbiano violato congiuntamente il diritto della concorrenza dovranno essere considerate responsabili in solido per tale infrazione, con la conseguenza che il soggetto danneggiato potrà esigere il pieno risarcimento del danno da ognuna di esse fino al conseguimento dell'indennizzo totale. In seguito l'impresa che ha risarcito un danno superiore rispetto alla propria quota di responsabilità ha diritto di regresso nei confronti delle altre imprese che hanno partecipato alla stessa violazione, in funzione della rispettiva quota di responsabilità.

Tuttavia, la direttiva non indica espressamente il criterio in base al quale deve essere calcolata la quota di responsabilità di ciascuna impresa che abbia partecipato alla violazione. Astrattamente sono diversi i criteri utilizzabili a tal fine¹⁵⁸. La stessa direttiva al considerando 37 ne enumera alcuni. Il legislatore interno si è limitato a fare rinvio alla disciplina di cui all'art. 2055 c.c. Questa prevede che «colui che ha risarcito il danno ha regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate» (art. 2055, comma 2°, c.c.). Inoltre, essa precisa che «nel dubbio le singole colpe si presumono uguali» (art. 2055, comma 3°, c.c.). Pertanto, l'impresa che agisce in regresso non è tenuta a provare la misura della quota di responsabilità della propria controparte, a meno che non voglia dimostrare che essa è maggiore delle altre (e quindi anche della propria). Di contro, l'impresa convenuta in regresso ha la possibilità di ridurre la misura del proprio contributo, dando prova che la propria quota di responsabilità è inferiore a quella delle altre imprese corresponsabili (e quindi anche a quella di controparte)¹⁵⁹.

Un aspetto di novità rispetto all'ordinario regime previsto dall'ordinamento municipale è costituito dall'attenuazione di tale criterio a favore di due categorie di soggetti, ovvero le piccole o medie imprese, da un lato, e coloro che abbiano

¹⁵⁸ Cfr. J. ANGLAND, Joint and Several Liability, Contribution, and Claim Reduction, in *Issues in Competition Law and Policy*, ABA Section of Antitrust Law, 2008, 2393 ss.

¹⁵⁹ V. *amplius* G. AFFERNI, *Il risarcimento dei danni per violazioni del diritto della concorrenza: prescrizione e responsabilità solidale*, cit., 194 ss.

beneficiario di un programma di clemenza nel procedimento sanzionatorio presso l'Autorità garante della concorrenza, dall'altro.

Considerato che, come già rilevato, la regola della solidarietà dal lato passivo sarebbe già stata operante e comunque applicabile anche alle azioni di danno incluse nella direttiva, il legislatore interno in sede di recepimento ha concentrato l'attenzione sulle deroghe e sulle altre previsioni quali il diritto di regresso (la cui previsione è molto più dettagliata rispetto al contenuto dell'art. 2055, comma 2, c.c.) e i termini di prescrizione. Al fine di ottemperare a quanto richiesto dall' art. 11, par. 4 della direttiva, ovvero che il termine di prescrizione applicabile a tali casi «sia ragionevole e sufficiente a consentire ai soggetti danneggiati di intentare le azioni di risarcimento», il legislatore ha opportunamente stabilito che nel caso di azioni intentate (in via sussidiaria) dai danneggiati nei confronti del beneficiario dell'immunità o delle PMI il termine prescrizione inizia a decorrere «da quando risulta accertato che gli stessi non possono ottenere l'integrale risarcimento del danno dalle altre imprese coinvolte nella stessa violazione del diritto della concorrenza».

13 La protezione del *leniency applicant*

Soprattutto a livello comunitario, gran parte dei cartelli sono scoperti grazie alla denuncia di un'impresa che vi ha preso parte. Nell'ipotesi in cui l'Autorità sia pervenuta alla scoperta del cartello grazie alla collaborazione di un *leniency applicant*, l'istruttoria si concluderà a suo favore con un provvedimento di concessione dell'immunità dalla sanzione pecuniaria (o da parte di essa) che al contempo però accerterà nei suoi confronti la responsabilità per la partecipazione all'infrazione anticoncorrenziale, idonea a rilevare in sede penale e in sede risarcitoria.

Ciò può costituire un rilevante disincentivo per le imprese ad avvalersi del programma di clemenza, in quanto spesso la soggezione all'ammenda pecuniaria è il male minore dell'accertamento dell'illecito, a fronte delle più ingenti

conseguenze dell'esposizione a condanna penale o a risarcimento del danno antitrust, che appunto non sono evitabili con la domanda di clemenza.

Per mitigare questa forma di disincentivo all'accesso alla clemenza già con il libro bianco si è ipotizzata la possibilità di accordare all'impresa beneficiaria dell'immunità una limitazione della responsabilità alle richieste di risarcimento presentate dai suoi partner contrattuali diretti ed indiretti.

Anche l'Agcm ha recentemente prospettato alcune ipotesi di riforma dell'ordinamento volte a riconoscere l'immunità penale alle persone fisiche appartenenti all'impresa che collabora e l'esclusione del *leniency applicant* dalla responsabilità solidale nell'ambito delle azioni per danno¹⁶⁰.

Si è cercato di bilanciare, da una parte, l'interesse delle vittime di una violazione antitrust a ottenere il pieno risarcimento del danno subito (da cui la regola della responsabilità solidale) e, dall'altra parte, quello dell'impresa beneficiaria di un programma di clemenza a non trovarsi in una posizione addirittura deteriore rispetto a quella degli altri partecipanti alla condotta illecita, per via del fatto che, in assenza di una "protezione", rischierebbe di essere presumibilmente la prima ad essere chiamata a rispondere in via solidale, giungendo nei suoi confronti la decisione definitiva prima, in termini di tempo¹⁶¹.

La finalità sottesa a tali proposte è dunque la stessa che permea l'art. 6, par. 6 della direttiva con riguardo al divieto di accesso al fascicolo delle dichiarazioni legate ai programmi di clemenza: preservare l'*appeal* dei *leniency programs*.

L'art. 11 della direttiva, sostanzialmente riprodotto dall'art. 9 del decreto di recepimento, recepisce il contenuto delle anzidette proposte con un correttivo. L'impresa che ha beneficiato dell'immunità nell'ambito di un programma di clemenza è responsabile in solido solamente nei confronti dei propri acquirenti e fornitori diretti o indiretti (art. 11, par. 4, lett. a) mentre nei riguardi di soggetti diversi da costoro gode di un *beneficium excussionis*, poiché diventa responsabile in solido anche nei confronti degli acquirenti e fornitori diretti o indiretti delle altre

¹⁶⁰ Cfr. Agcm, AS988-Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2013, 28 settembre 2012.

¹⁶¹ Questa preoccupazione emerge chiaramente dal considerando 38 della direttiva 104/2014.

imprese che hanno partecipato alla stessa violazione solamente quando essi non possano ottenere il pieno risarcimento del danno da parte delle altre imprese corresponsabili.

Il *favor* accordato al *whistleblower*, si riflette anche sulle modalità dell'azione di regresso che gli altri coautori dell'illecito potrebbero esperire nei suoi confronti, se chiamati a rispondere in via solidale. Coerentemente con quanto previsto dal par. 4 dell'art. 11, circa il limite – a favore del beneficiario dell'immunità – della responsabilità solidale nei confronti degli acquirenti o fornitori diretti e indiretti, tanto la direttiva che il legislatore interno fissano la misura massima del regresso, stabilendo che essa deve essere commisurata esclusivamente al danno causato dall'impresa immune ai suoi acquirenti o fornitori diretti o indiretti, con esclusione di qualsiasi riferimento alla gravità della colpa. Premesso che, in questo caso, non avrebbe senso limitare la responsabilità dell'impresa immune in sede di regresso al danno causato ai propri acquirenti o fornitori diretti o indiretti, il criterio della gravità delle conseguenze troverà applicazione anche qualora l'impresa non immune agisca in regresso nei confronti del *leniency applicant* per il risarcimento corrisposto ai soggetti diversi dagli acquirenti o fornitori diretti o indiretti delle imprese che hanno partecipato alla violazione (es. *umbrella plaintiff*).

14 La deroga al principio della responsabilità solidale a favore delle PMI

Nella pratica s'è posto il problema di imprese piccole che, a seguito di una co-partecipazione – magari con un apporto modesto – nella causazione del danno, si sono trovate a rispondere solidalmente per danni molto ingenti anche nei confronti di soggetti che avevano rapporti diretti/indiretti esclusivamente con gli altri corresponsabili. Il che ha portato in alcuni casi le imprese chiamate a rispondere a dover dichiarare lo stato di insolvenza, con ulteriore aggravio in termini di costi di mercato.

Per ovviare ad un simile rischio il legislatore ha previsto anche una disciplina speciale a favore delle Piccole e Medie Imprese (PMI) che abbiano partecipato a una violazione del diritto antitrust, al fine di proteggerle da eventuali effetti catastrofici della responsabilità solidale.

Le PMI ai sensi della normativa in esame sono le imprese che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di euro, oppure il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di euro¹⁶².

Non si tratta, tuttavia - e affatto di una deroga incondizionata. Dal lato dei legittimati attivi essa si applica solo ai danneggiati diversi dagli acquirenti diretti o indiretti. Nei confronti di questi ultimi la responsabilità in solido comunque rimane. Per quanto riguarda, invece, il lato passivo, la PMI può beneficiare di tale deroga - e rispondere quindi in via solidale nei confronti unicamente di tali soggetti - solo qualora siano cumulativamente rispettate due condizioni "positive" e due "negative". Anzitutto, la PMI è responsabile esclusivamente nei confronti dei propri acquirenti diretti o indiretti, a condizione che la sua quota del mercato rilevante sia stata inferiore al 5% per tutta la durata della violazione e che l'applicazione delle regole comuni in materia di responsabilità solidale determinerebbe un pregiudizio irreparabile per la sua solidità economica e la totale perdita del valore delle sue attività (art. 11, par. 2).

Inoltre è necessario che la PMI non abbia assunto un ruolo di guida nella violazione antitrust e non abbia già commesso in precedenza una qualsivoglia violazione antitrust.

Questi presupposti applicativi sono stati riprodotti dal legislatore italiano senza ulteriori specificazioni «al fine di lasciare inalterata quella duttilità che è in loro insita e che è chiaramente finalizzata ad un'applicazione della norma in un'ottica che si avvicina all'*equity* del diritto anglosassone»¹⁶³.

In sede di recepimento, il legislatore interno ha, tuttavia, ritenuto di estendere la regola enunciata dalla stessa direttiva nei confronti dell'impresa

¹⁶² Raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medi imprese, in G.U.U.E. L 124 del 20 maggio 2003, pag. 36.

¹⁶³ Così la Relazione illustrativa, 12 – 13.

immune anche nei confronti della PMI. Pertanto, è, necessario che gli acquirenti della grande impresa abbiano potuto ottenere il risarcimento integrale dall'impresa della quale sono acquirenti o dalle altre grandi imprese concorrenti nell'illecito¹⁶⁴.

La ratio sottesa a tale bilanciamento è quella di far prevalere, in caso di conflitto tra un pregiudizio irreparabile per la PMI (quello relativo alla solidità economica e al valore delle attività) e un pregiudizio irreparabile per il danneggiato (il mancato integrale risarcimento del danno), l'interesse di quest'ultimo al pieno ristoro dei danni subiti.

Ne è conseguita la nascita di un regime di solidarietà che non deriva dall'unicità dell'evento dannoso o, almeno, non soltanto da questa postulata unicità né discende da altri fatti che hanno certezza storica, ma si fonda, piuttosto, su fatti successivi al comune fatto dannoso e soltanto ipotetici (un pregiudizio irreparabile per la solidità economica e la totale perdita di valore delle sue attività; la non impossibilità per il danneggiato di ottenere l'integrale risarcimento del danno dalle altre imprese coinvolte) il cui vaglio è rimesso al prudente apprezzamento del giudicante.

Tuttavia si deve segnalare la difficoltà delle indagini sottese all'accertamento delle condizioni anzidette.

È evidente, infatti, che il soddisfacimento di tali requisiti richiede valutazioni complesse, basate su informazioni spesso non pubblicamente disponibili e riguardanti concetti giuridici suscettibili di un apprezzamento discrezionale da parte dei singoli giudici, come quello di mercato rilevante e pregiudizio irreparabile. Inoltre, proprio tale ultima verifica risulta particolarmente difficile richiedendo un giudizio prognostico, basato su criteri simili a quelli impiegati in materia fallimentare, che deve aver riguardo alla condizione futura nella quale si verrebbe a trovare la PMI chiamata a risarcire il danno.

¹⁶⁴ Sul punto si v. G. AFFERNI, *Il risarcimento dei danni per violazioni del diritto della concorrenza: prescrizione e responsabilità solidale*, cit., 206 ad avviso del quale «è molto dubbio che il legislatore italiano potesse modificare la disciplina dettata dalla direttiva in materia di responsabilità solidale della PMI» poiché essendo la stessa volta a realizzare un contemperamento ottimale tra interessi contrapposti darebbe luogo a un'armonizzazione massima dei diritti nazionali dei singoli Stati membri.

15 L'azione di classe

Senza dubbio fondamentale per il funzionamento del *private enforcement* del diritto antitrust è l'azione di classe.

Essa consentendo di aggregare le azioni private permette di sfruttare le economie di scala processuali, riducendo i costi e le asimmetrie esistenti tra il litigante abituale, ossia, nella fattispecie, l'impresa responsabile, che ha l'interesse economico e la struttura organizzativa sufficienti a fronteggiare una molteplicità di giudizi frazionati al fine di conservare il frutto complessivo dell'illecito e il litigante occasionale e, cioè il singolo danneggiato, spesso poco attrezzato e normalmente portatore di un interesse di dimensioni sufficientemente modeste, da rendere ingiustificati i rischi e i costi del processo.

Nell'ottica di facilitare l'accesso alla giustizia il Libro Bianco del 2008 e, su questa scia, la Raccomandazione della Commissione, dell'11 giugno 2013, relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione, avevano anche prefigurato delle *representative actions* proponibili da soggetti qualificati quali Associazioni dei consumatori, *public authorities* o associazioni commerciali agenti in nome e per conto degli associati, designate preliminarmente dallo Stato od appositamente certificate.

La *class action* ha rappresentato, perciò, il “grande assente” nella Direttiva¹⁶⁵.

Le figure di *class action* o, più in generale, di *aggregate litigation* vengono solo indirettamente menzionate nel Considerando n. 13 della Direttiva¹⁶⁶, come elementi da riservare all'autonomia procedurale degli Stati membri cui è lasciata per intero la scelta circa l'introduzione di siffatti strumenti.

¹⁶⁵ In questi termini, G. VILLA, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, cit., 304.

¹⁶⁶ Cfr. 13° Considerando della Direttiva 2014/104/UE, ove si sottolinea l'opportunità di non imporre agli Stati membri l'introduzione di meccanismi di ricorso collettivo per l'applicazione degli artt. 101-102 TFUE.

Anche se sul punto si sarebbe potuto fare di meglio¹⁶⁷, pertanto, è senz'altro positiva¹⁶⁸ la scelta del nostro legislatore di estendere l'applicabilità delle nuove norme a tutte le azioni aventi ad oggetto il «diritto al risarcimento in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese», ivi comprese anche le «azioni collettive» di cui all'art. 140-*bis* c. cons.

Il legislatore nazionale, in sede di recepimento, non ha spontaneamente posto mano alla questione con finalità innovative, ma si è semplicemente limitato a chiarire che anche l'azione di classe, entro i suoi confini preesistenti (e quindi, solo laddove i danneggiati siano consumatori), può applicarsi alla controversie in materia.

Tuttavia, una disciplina delle azioni di classe quale quella finora contenuta nel nostro ordinamento all'art. 140 *bis* del Codice del Consumo (D. Lgs. n. 206/2005) non è apparsa soddisfacente. In primo luogo poiché il meccanismo di *opt-in* l'ha resa inevitabilmente meno efficace del corrispondente strumento previsto nel sistema americano¹⁶⁹. In secondo luogo dal momento che, riservando ai soli consumatori la possibilità di avvalersi di tale strumento, ha finito col lasciare fuori altre categorie di danneggiati, ugualmente destinati ad occupare una

¹⁶⁷ A tal riguardo va annoverata l'introduzione davanti al *Competition Tribunal* del Regno Unito, da parte del *Consumer Protection Act* del 2015, di una nuova disciplina dei *collective proceedings* che contempla l'attribuzione al giudice del potere di investire il *class representative* della facoltà di condurre *opt-in proceedings* oppure *opt-out proceedings*, secondo le valutazioni del caso singolo (nuova *subsection 7* della *Section 47B del Competition Act 1998*). Quanto meno oltremarina pare dunque esser stato vinto il tradizionale *ousting* europeo alla *opt-out class action* (invero l'unica che effettivamente funzioni, come ha dimostrato l'esperienza).

¹⁶⁸ Invero, già prima dell'intervento normativo in commento secondo la dottrina (Cfr. G. AFFERNI, *Azione di classe e danno antitrust*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2010, 491 ss.) nel nostro ordinamento non era preclusa ai consumatori la possibilità di ricorrere a tale strumento processuale per ottenere il risarcimento del danno causato da una violazione del diritto antitrust.

¹⁶⁹ Si v. G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva ue del 2013*, cit., 201 ss. il quale sulla base delle statistiche riportate da R.A. POSNER, *Antitrust Law. An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, 1976, 34, rileva come, a partire dal 1966, quando il sistema *opt-in* fu abbandonato a favore di quello *opt-out*, il numero delle azioni risarcitorie antitrust è aumentato in misura esponenziale, passando dalle 443 del 1965 alle 1.003 del 1971. Inoltre si v. M. SCUFFI, *Riflessioni a margine della Dir. 104/2014 (e del D.lgs. 3/2017) sull'azione di classe*, in *Dir. ind.*, 2017, 1, 5 il quale rileva che le azioni collettive almeno sul piano antitrust hanno trovato scarsa applicazione in Italia.

posizione asimmetrica nel processo, come ad esempio le imprese di minori dimensioni che hanno subito gli effetti di una pratica anticoncorrenziale ¹⁷⁰.

La legge n. 31 del 12 aprile 2019, recante "Disposizioni in materia di azione di classe"¹⁷¹ da un lato conferma il meccanismo dell' *opt-in*, pur innovandolo, dall'altro, ha ampliato l'ambito d'applicazione soggettivo e oggettivo dell'azione di classe, rendendola esperibile da tutti coloro che avanzino pretese risarcitorie in relazione a lesione di «diritti individuali omogenei». Sotto tale ultimo profilo, pertanto, è da salutare con favore vista la generalizzazione di quelli che ora vengono etichettati “procedimenti collettivi”.

Anche la separazione tra la fase di merito, deputata alla trattazione delle questioni comuni e quella di liquidazione, nella quale vengono trattate le questioni relative alla quantificazione del danno o degli obblighi restitutori, è senz'altro apprezzabile in quanto idonea a rafforzare l'efficacia dell'azione collettiva risarcitoria, rendendo possibile una liquidazione del danno su base individuale nei casi in cui, pur in presenza di un medesimo illecito, gli effetti dannosi si presentino in maniera differenziata ed individualizzata.

16 La prescrizione nell'azione di danno antitrust

La problematica della prescrizione dell'azione di risarcimento del danno da illecito antitrust è da tempo oggetto di dibattito, discussione e approfondimento. Ciò tanto in ragione della sua rilevanza generale nell'ambito di qualsiasi contenzioso¹⁷² quanto, nella specifica materia della concorrenza, a causa dei ben noti problemi che si pongono in tema nel diritto antitrust, comunitario e nazionale.

¹⁷⁰ Si v. ancora, G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva ue del 2013*, cit., 233 ss..

¹⁷¹ Per la concreta esperibilità dei nuovi rimedi occorrerà però attendere un anno dalla pubblicazione della legge nella Gazzetta Ufficiale, momento che coinciderà con l'entrata in vigore della disciplina.

¹⁷² Si pensi ad es. alla materia dei c.d. danni lungolatenti causati da malattia contratta per contagio per fatto di terzi su cui la giurisprudenza di legittimità ha già avuto modo di esprimersi stabilendo che la prescrizione non decorre dal momento del contagio, nè dal momento in cui la malattia si manifesta, ma dal momento in cui la malattia può essere percepita come conseguenza del comportamento colposo o doloso del terzo (cfr. Cass. 21 febbraio 2003, n. 2645, in *Danno e Resp.*, 2003, 845, con nota di Righetti, con postilla di Izzo).

E' evidente, infatti, che si tratta di uno degli elementi processuali che maggiormente incide sull'effettiva applicazione, nei rapporti fra privati, delle regole di concorrenza. Invero, non è la durata del periodo di prescrizione a rappresentare l'aspetto più delicato in questa materia. Ben più problematico è, infatti, il profilo che attiene all'individuazione del *dies a quo* a partire dal quale quest'ultimo decorre.

È utile dire come nel nostro ordinamento le norme rilevanti per la materia antitrust siano l'art. 2947 c.c., che per il risarcimento del danno derivante da fatto illecito prevede la prescrizione c.d. breve di 5 anni e l'art. 2935, il quale stabilisce che detto termine inizia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere.

In ambito europeo il tema della prescrizione delle azioni risarcitorie antitrust è stato affrontato per la prima volta dalla Corte di giustizia con la pronuncia Manfredi¹⁷³. In particolare, veniva chiesto alla Corte se l'art. 81 dovesse essere interpretato nel senso che il termine di prescrizione dell'azione risarcitoria su di esso fondata dovesse ritenersi decorrente dal giorno in cui il comportamento abusivo era stato posto in essere ovvero da quello della sua cessazione. La Corte, dopo avere chiarito che, in assenza di una disciplina comunitaria, la materia della prescrizione delle azioni risarcitorie antitrust spetta all'ordinamento nazionale, ha precisato che le modalità scelte dal legislatore nazionale non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna né tali da rendere l'esercizio del diritto a pretendere il risarcimento del danno praticamente impossibile o eccessivamente difficile. Proprio su quest'ultimo profilo aveva avuto modo di precisare che nel verificare se la disciplina nazionale non sia contraria al principio di effettività il giudice nazionale deve tenere conto, oltre che del giorno iniziale della prescrizione, anche della durata della stessa e della possibilità che essa rimanga sospesa per un certo periodo¹⁷⁴. Se è certo che maggiore è la sua

¹⁷³ Corte giust. 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, Manfredi, pt. 77, in *Danno e resp.*, 2007, 1, 19, con nota di G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile, e prescrizione*.

¹⁷⁴ Corte giust., cause riunite C-295-298/04, Manfredi, cit., par. 78.

durata e meno probabile è che la disciplina sia complessivamente tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al risarcimento del danno da parte della vittima dell'intesa restrittiva, non è tuttavia possibile escludere che un termine prescrizione breve coniugato alla previsione della sospensione sino a quando la vittima non abbia acquisito tutte le informazioni per far valere il proprio diritto sia idoneo a garantire il rispetto dei principi in parola¹⁷⁵.

Sul punto si è pronunciata la Corte di Cassazione che, con sentenza n. 2305 del 2 febbraio 2007, ha affermato che «l'azione di risarcimento del danno da intesa anticoncorrenziale, proposta ai sensi dell'art. 33, comma 2, l. n. 287/90 si prescrive, in base al combinato disposto degli artt. 2935 e 2947 c.c., in cinque anni dal giorno in cui chi assume di aver subito il danno abbia avuto, usando l'ordinaria diligenza, ragionevole ed adeguata conoscenza del danno e della sua ingiustizia. Il relativo accertamento compete al giudice del merito ed è incensurabile in cassazione, se sufficientemente e coerentemente motivato»¹⁷⁶.

L'esigenza di armonizzazione della disciplina in materia di prescrizione, manifestatasi come conseguenza del rinvio agli ordinamenti giuridici interni da parte della giurisprudenza Manfredi, ha indotto il legislatore europeo a intervenire dettando una disciplina unitaria della materia.

Come rilevato in dottrina¹⁷⁷, l'armonizzazione delle norme sulla prescrizione nelle azioni per il risarcimento del danno derivante dalla violazione delle norme antitrust rappresenta un elemento assai rilevante nell'ambito dell'ordito normativo delineato dalla Direttiva. La varietà di soluzioni previste nei singoli ordinamenti nazionali, infatti, da un lato, rischiava di pregiudicare l'esigenza di assicurare quell'effettività della tutela più volte richiamata dal testo di armonizzazione e, dall'altro, di generare un *deficit* per le esigenze di certezza

¹⁷⁵ G. AFFERNI, *Il risarcimento dei danni per violazioni del diritto della concorrenza: prescrizione e responsabilità solidale*, cit., 172.

¹⁷⁶ Cass., Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, 1097 ss. con nota di R. Pardolesi.

¹⁷⁷ M. GRANIERI, *La prescrizione*, in *AIDA*, 2015, 80.

del diritto e l'effetto di deterrenza connesso alla applicazione a livello privatistico delle norme di concorrenza.

Il legislatore europeo ha collocato nel capo III della Direttiva l'art. 10 dedicato alla disciplina della prescrizione. L'obbligo di armonizzazione che la Direttiva impone agli Stati membri riguarda aspetti specifici della prescrizione quali: la disciplina del termine iniziale, della durata dei termini di prescrizione e delle cause di interruzione o sospensione. In primo luogo la direttiva obbliga gli stati a introdurre un termine di prescrizione di almeno cinque anni che non può iniziare a decorrere fino a quando sia cessata la violazione e prima che la vittima abbia conosciuto o si possa ragionevolmente presumere che abbia conosciuto l'esistenza della violazione, il fatto che essa le ha causato un danno ingiusto, nonché l'identità dell'autore della violazione. Inoltre, analogamente a quanto previsto dalla direttiva sulla responsabilità del produttore¹⁷⁸, riconosce agli stati la possibilità di prevedere accanto a un termine di prescrizione breve un termine lungo, assoluto e di portata generale, decorrente dal giorno della violazione. Infine al par. 4, nel caso in cui un'autorità garante della concorrenza abbia avviato un procedimento sulla stessa violazione oggetto della pretesa risarcitoria, impone agli stati di sospendere il decorso della prescrizione dal momento in cui è stato avviato il procedimento ad almeno un anno dopo il passaggio in giudicato della decisione che ha accertato la violazione o dopo che il procedimento si è chiuso per un altro motivo. Queste previsioni devono essere lette anche in rapporto con quelle riguardanti la decorrenza del termine nel caso di azioni con più responsabili (art. 11, comma 4, secondo capoverso), la consapevolezza da parte del danneggiato circa il danno patito come conseguenza della violazione (art. 17, comma 2) e le cause di sospensione e interruzione connesse con l'esperimento di tentativi di composizione consensuale delle controversie (art. 18, comma 1).

Il legislatore interno attuando la disposizione della Direttiva ha ribadito la durata della prescrizione in conformità a quanto il codice civile stabilisce con riferimento alla responsabilità extracontrattuale.

¹⁷⁸ Direttiva 85/374/CE.

Riprendendo pressoché testualmente la disposizione della direttiva dispone che la prescrizione non inizi a decorrere prima che il comportamento illecito sia cessato e prima che il danneggiato sia a conoscenza, o possa ragionevolmente presumersi che lo sia, della condotta, del danno che ne è derivato e dell'identità dell'autore della violazione. Su questo specifico aspetto, pertanto, rispetto alla disciplina previgente, l'unica differenza di rilievo è che il termine di prescrizione, in conformità a quanto prospettato dal libro bianco, non inizia a correre sino a quando la violazione non sia cessata.

Per agevolare la soluzione della controversia con modalità alternative al ricorso al giustizia, come specificamente richiesto dalla direttiva, ha previsto che la comunicazione della domanda di mediazione, la comunicazione dell'invito a concludere una convenzione di negoziazione assistita, o il ricevimento da parte dell'organismo di ADR della domanda del consumatore, producono l'interruzione della prescrizione (art. 15, comma 1°). Queste previsioni generano dubbi in ordine alla corretta attuazione della direttiva da parte del legislatore. Infatti, mentre quest'ultima impone che il termine di prescrizione rimanga sospeso per tutta la durata del procedimento di composizione consensuale della controversia, il legislatore in questi casi ha previsto l'interruzione della prescrizione con due conseguenze di non poco conto. L'interruzione a differenza della sospensione comporta il rinnovo del termine di prescrizione per altri cinque anni. L'interruzione della prescrizione ha effetto nei confronti di tutte le imprese che hanno partecipato alla stessa violazione, anche se non hanno partecipato al procedimento di composizione consensuale della controversia (art. 1310, comma 1°, c.c.) mentre la direttiva precisa che la sospensione della prescrizione vale solo per le parti che hanno partecipato al procedimento anzidetto. Inoltre secondo la direttiva la sospensione della prescrizione dovrebbe valere per qualsiasi atto, mentre il legislatore in sede di recepimento ha tipizzato gli atti introduttivi di un meccanismo di composizione stragiudiziale della controversia capaci di determinare l'interruzione della prescrizione.

Per le sole azioni *follow-on*, in ottemperanza a quanto previsto dal par. 4 della direttiva, il legislatore interno, optando per il termine minimo di durata della

sospensione tra quelli previsti dalla direttiva, ha, infine, previsto che nel caso in cui sulla stessa violazione sia stato avviato un procedimento di un'autorità garante della concorrenza il termine di prescrizione rimane sospeso sino a un anno dopo il passaggio in giudicato della decisione che accerta la violazione o dopo la chiusura del procedimento per un altro motivo.

CAPITOLO III

GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELL'ILLECITO

ANTITRUST

1 Considerazioni introduttive

Ritenendo che l'illecito e il danno antitrust dovessero essere regolati in modo meno rigido di quanto è accaduto in altri settori, l'Unione non ha voluto attingere al livello di armonizzazione massima e nonostante i problemi che il risarcimento del danno derivante dalla violazione delle regole di concorrenza pone, ha scelto lo strumento della direttiva poiché ritenuto più duttile¹.

Sebbene siano stati introdotti alcuni profili di specialità non è stata perciò intrapresa la strada di differenziare, rispetto agli illeciti civili, la disciplina dell'illecito antitrust.

La scelta del legislatore comunitario è stata al contempo meno coraggiosa e meno invasiva di quanto avrebbe potuto essere, perché non ha disciplinato le condizioni per aversi responsabilità dei privati per la violazione delle norme antitrust, ma si è solamente limitato a fare riferimento alla necessità di garantire il pieno diritto al risarcimento dei danni, di qualsiasi tipo².

Tanto l'illecito che il danno antitrust sono stati, così, strutturati in modo da combinare fattori del diritto dell'Unione europea e fattori del diritto interno.

Dato il rinvio del sistema comunitario alle regole civilistiche nazionali, dovranno adattarsi alla fattispecie le regole generali vigenti in materia di

¹ G. ALPA, *Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, *Contr. impr.*, 2015, 6, 1234.

² In senso critico, V. MELI, *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2018, 1, 122 rileva come la volontà di accelerare il varo della direttiva ha portato all'espunzione di previsioni fondamentali quali quelle sui ricorsi collettivi, sui costi del contenzioso, sul problema del requisito soggettivo dell'illecito, con la pubblicazione di un testo la cui parzialità contraddice le stesse motivazioni che hanno sostenuto lo sforzo della Commissione per giungere all'armonizzazione.

responsabilità civile³. Perché possa aversi responsabilità, l'art. 2043 c.c. richiede la presenza necessaria di taluni elementi o presupposti. In particolare, l'attore⁴ deve dimostrare la sussistenza:

- i. di un fatto illecito del convenuto;
- ii. di un danno ingiusto;
- iii. del nesso di causalità tra quest'ultimo e l'illecito
- iv. del dolo o la colpa del convenuto stesso.

Pur essendoci chiarezza su quali siano gli elementi costitutivi della fattispecie ad oggi sussistono ancora alcune incertezze rispetto all'esatta fisionomia che essi debbono assumere, in ragione della non sempre facile applicazione di un sistema concepito per l'illecito civile ad una fattispecie *sui generis* come l'illecito concorrenziale⁵.

Alla luce di quanto detto, nelle pagine che seguono, si analizzeranno gli elementi strutturali dell'illecito aquiliano, cercando, al contempo, di dar conto di quelle peculiarità che l'illecito concorrenziale certamente presenta.

Ciò in ragione del fatto che anche l'applicazione delle regole non immediatamente incise dalla Direttiva non può prescindere dal quadro di riferimento europeo, considerata la necessità di adeguare ad esso l'interpretazione del diritto interno⁶. Lo sforzo richiesto all'interprete è quello di provare a coniugare la disciplina legislativa di nuovo conio con le regole generali vigenti in

³ In tal senso C. SCOGNAMIGLIO, *Danno antitrust, scopo della norma violata e funzioni della responsabilità civile*, in *Quest. Giust.*, 1, 2018, 150, rileva che «Si può allora dire (...) che la fisionomia della responsabilità civile per violazione della normativa antitrust che emerge dal d.lgs 3/2017, all'esito dell'evoluzione giurisprudenziale è quella di una tecnica di tutela che si inserisce in pieno all'interno del sistema del codice civile»

⁴ Tale principio risulta codificato anche dall'art. 2 del regolamento n. 1/2003 ai sensi del quale in tutti i procedimenti nazionali o comunitari relativi all'applicazione degli artt. 81 e 82 l'onere della prova di un'infrazione dell'art. 81, par. 1 o dell'art. 82 incombe sull'attore, mentre al convenuto che invoca l'applicazione dell'art. 81, par. 3 spetta l'onere di provare che le condizioni in tale norma enunciate sono soddisfatte.

⁵ M. COLANGELO, *Le evoluzioni del private enforcement: da Courage al libro bianco*, in *Eur. Dir. priv.*, 2008, 3, 657.

⁶ Il Considerando 11 avverte che «qualora gli Stati membri nel loro diritto nazionale prevedano altre condizioni per il risarcimento, quali imputabilità, adeguatezza o colpevolezza, essi dovrebbero poter mantenere tali condizioni nella misura in cui siano conformi alla giurisprudenza della Corte di giustizia, ai principi di efficacia e di equivalenza e alla presente direttiva».

materia di responsabilità civile per delineare i connotati del modello risarcitorio nella disciplina dell'illecito antitrust.

2 Il requisito soggettivo

La Direttiva, come rilevato, non si occupa dei criteri di imputazione della responsabilità limitandosi al considerando 11 a stabilire che le condizioni per il risarcimento, quali imputabilità, adeguatezza o colpevolezza, possono essere mantenute dagli Stati membri «nella misura in cui siano conformi alla giurisprudenza della Corte di giustizia, ai principi di efficacia e di equivalenza e alla presente direttiva». Anche il decreto di recepimento tace sul punto.

In assenza di previsioni specifiche, ci si è chiesti⁷ se, nei limiti dei principi di effettività e di equivalenza, gli Stati membri siano liberi di determinare le condizioni soggettive per la configurazione dell'illecito, oppure se l'assenza di disposizioni di diritto dell'Unione europea significhi che l'elemento soggettivo non è necessario. La prima soluzione rischierebbe di determinare forti divergenze fra gli Stati membri con conseguente penalizzazione dell'esigenza di istituire un *level playing field* in tutto il territorio dell'unione. La seconda, invece, configurerebbe un'ipotesi di responsabilità oggettiva che, secondo alcuni, non pare in sintonia con i principi del nostro ordinamento⁸.

Il problema della prova dell'elemento soggettivo potrebbe apparire facilmente risolvibile alla luce della considerazione che gli illeciti antitrust costituiscono violazione di norme legali di condotta e sono di solito posti in essere con piena coscienza e volontà di realizzare l'effetto anticoncorrenziale vietato dalla legge.

Tuttavia, non si può fare a meno di notare che la definizione degli illeciti *antitrust* non è, nel sistema della legge, rigorosa né tassativa, e che possono dunque

⁷ Cfr. S. MARINO, *Alcune novità nel private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Contr. impr. Eur.*, 2014, 1, 89.

⁸ In tal senso S. MARINO, *Alcune novità, cit.*, 89, *contra* V. MILUTINOVIC, *The "Right to Damages" under EU Competition Law*, Kluwer Law International, Alphen aandenRijn, 2010, 114.

aversi situazioni di obiettiva incertezza (a priori) sulla sussistenza o meno di un illecito⁹.

La prova dell'elemento soggettivo potrebbe risultare, pertanto, gravosa considerato, peraltro, che ai sensi della normativa antitrust l'accertamento di un illecito concorrenziale non è condizionato alla verifica della consapevolezza da parte dell'autore dell'antigiuridicità del suo comportamento¹⁰ e di conseguenza il provvedimento definitivo di condanna dell'autore dell'infrazione difficilmente potrebbe assumere valore probatorio in tal senso.

È chiaro che in un'ottica volta a stimolare le vittime di un illecito anticoncorrenziale a promuovere l'azione di risarcimento del danno – quale è quella che ispira tanto la direttiva che di conseguenza la normativa interna di recepimento – la soluzione più semplice è quella di introdurre un sistema di responsabilità senza colpa (c.d. *no fault liability system*).

La Commissione si è mostrata, almeno in un primo momento, favorevole ad un modello oggettivo di responsabilità per illecito concorrenziale, pur non chiarendo pienamente la distinzione tra responsabilità oggettiva per l'illecito (ai fini delle sanzioni) e responsabilità oggettiva per il danno¹¹.

Nel Libro Bianco del 2008¹², tuttavia, si è limitata ad affermare che nei sistemi in cui la colpa entra nella fattispecie di responsabilità, una volta che la vittima abbia dimostrato una violazione degli articoli 101 o 102 TFUE, l'autore dell'infrazione deve essere ritenuto responsabile per i danni causati a meno che non dimostri che la violazione è il risultato di un errore realmente scusabile¹³. Un

⁹ M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. Comm.*, 1998, 5, 673.

¹⁰ Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926; Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2011, n. 2438.

¹¹ Sulla tendenza a garantire l'effettività del diritto comunitario attraverso l'introduzione di norme sostanziali di responsabilità a livello di diritto dell'Unione e sulla tendenza all'oggettivazione dei modelli di responsabilità così introdotti si rinvia a B. L. BOSCHETTI, *Danno e responsabilità nella funzione amministrativa*, Padova, Cedam, 2012, passim, e spec. cap. III.

¹² Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, Bruxelles, 2 aprile 2008, COM (2008) 165, § 2.4.

¹³ Sul punto P. IANNUCELLI, *Torniamo al trattato! Per il superamento della distinzione tra public e private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Conc. Merc.*, 2014, 1, 84 richiamando la sentenza *Schenker* (Corte di Giustizia, 18 giugno 2013, causa C-681/11, Bundeswettbewerbsbehörde e a. contro Schenker e a. su cui v. T. VON DANWITZ, *Ignorantia Legis Non Excusat*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, 389 ss.) rileva che in quella pronuncia la Corte precisa che «l'elemento soggettivo, e, in particolare, l'errore sul carattere anti-competitivo di una determinata pratica commerciale, non può, se non

errore è tale se una persona ragionevole che avesse agito con un elevato standard di diligenza non avrebbe potuto essere consapevole del fatto che il suo comportamento era idoneo a limitare il normale funzionamento concorrenziale del mercato.

Tale soluzione può essere spiegata facendo riferimento alle radici della responsabilità per violazione delle norme antitrust comunitarie, come delineate nella sentenza *Courage/Crehan*. La Corte di giustizia, infatti, ha chiarito come tale responsabilità derivi dalla violazione di norme del diritto comunitario direttamente applicabili, sulla base della medesima impostazione teorica su cui è stata strutturata la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario. Come noto, nel paradigma della responsabilità costruito attorno all'art. 288 del Trattato, ai fini dell'azionabilità del rimedio aquiliano fondato su una violazione del diritto comunitario, non è richiesto l'accertamento della colpevolezza in quanto rileva una violazione del diritto comunitario non qualunque, ma manifesta e grave, mentre l'elemento soggettivo non assume autonoma rilevanza, se non indirettamente come criterio per valutare la sufficiente gravità della violazione¹⁴.

In tutti i casi in cui risulta esser stato accordato il risarcimento richiesto i giudici italiani non hanno mai affrontato la questione della colpa intesa nel senso dell'elemento soggettivo unitario della colpevolezza.

Proprio sul terreno del criterio di imputazione di volta in volta impiegabile, per superare l'ostacolo probatorio, in dottrina si è sostenuto come ricorra, nel caso della violazione di regole poste a presidio dell'assetto concorrenziale del mercato, la medesima ratio¹⁵ che, nell'ambito della condotta concorrenziale sleale, ai sensi

a condizioni particolarmente restrittive, giustificare la mancata applicazione di sanzioni. E da qui, ne deduce, quindi, un'interpretazione altrettanto restrittiva dell'errore come causa giustificativa per l'esenzione dalla responsabilità extracontrattuale».

¹⁴ Sulla responsabilità extracontrattuale nel diritto comunitario, cfr. M. CLARICH, *La responsabilità nel sistema comunitario*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* – Parte generale, a cura di M.P. CHITI, G. GRECO, Milano, Giuffrè, 2007, 589-610. Per una comparazione fra il modello italiano e quello comunitario si veda E. L. CAMILLI, M. CLARICH, *Illegittimo il veto alla fusione della schneider: prima condanna per la commissione europea - Sulla responsabilità restano le differenze*, in *Guid. dir.*, 31, 2007, 103, proprio con riferimento ad un'ipotesi di responsabilità nell'esercizio della attività di *public enforcement* del diritto antitrust.

¹⁵ Cfr. L. NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali*, in *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, a cura di A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L.C. UBERTAZZI, Bologna 1993, II, 1449 s., 1459-1461, il quale ritiene praticabile tale soluzione anche in ragione del fatto

dell'art. 2600, ult. comma, c.c., giustifica la previsione dell'inversione dell'onere probatorio relativo all'elemento psicologico. Tra antitrust e concorrenza sleale vi sarebbe, infatti, «un'unitarietà sistematica e funzionale» la quale permetterebbe, se non imporrebbe, l'adozione di un eguale metro di apprezzamento (correttezza professionale) delle condotte concretamente poste in essere, non potendo queste nell'uno come nell'altro caso che venire concretate da imprese¹⁶.

Si deve comunque notare che nelle decisioni nelle quali la colpa deriva dalla violazione di leggi o di regolamenti, si afferma comunemente, che la stessa è *in re ipsa* nella trasgressione, poiché la probabilità che da quella violazione possa derivare una lesione è già stata considerata dal legislatore, quando ha posto la regola. Dunque, la inosservanza della norma rende superflua ogni ulteriore indagine sulla negligenza, sulla imprudenza e sulla imperizia nel comportamento dell'autore¹⁷.

Perciò, nelle azioni *follow-on*, date le nuove regole sul valore probatorio del provvedimento sanzionatorio dell'autorità garante, l'accertamento della

che le regole introduttive di modelli differenziati di responsabilità, sotto il profilo, per l'appunto, del criterio di imputazione, non sono repute eccezionali bensì speciali, sicché si sottraggono al limite esegetico posto dall'art. 14 delle “disposizioni sulla legge in generale” (cfr. C. SALVI, *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2005, 154). Nello stesso senso anche M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, cit., 673; A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, ESI, Napoli, 2005, 218-220. Contra S. BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro Verde della Commissione*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2006, 321 s., ma spec. 336-337, che osserva come l'*analogia legis* presupponga una lacuna nell'ordinamento giuridico, la quale non è dato riscontrare nel caso di specie, stante il principio generale dettato dall'art. 2043 c.c. nonché A. CARUSO, *Colpa nell'illecito antitrust*, in *Danno e resp.*, 1998, 2, 118 ss. Sulla presunzione di colpa nella disciplina sulla concorrenza sleale, v. GHIDINI G., *Concorrenza sleale*, in *Enc. dir. Agg. III*, Giuffrè, Milano, 1999, 409.

¹⁶ M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice*, cit., 674. Aggiunge, inoltre, l'A., in nota 61, che all'omogeneità del criterio di valutazione delle condotte, in materia di concorrenza sleale e di antitrust, farebbe comunque seguito una differenziazione delle due discipline dovuta alla circostanza che quel medesimo parametro di giudizio si farebbe più specifico e pervasivo nell'ambito della disciplina concorrenziale di fonte codicistica, la quale peraltro si limita a prevedere esclusivamente rimedi privati, a fronte di quella antitrust che esibisce anche «un intervento repressivo nell'interesse della generalità». Valorizza la clausola generale di cui all'art. 2598 c.c. n. 3 quale unitario criterio di valutazione di tutte le possibili condotte valutabili come illecito concorrenziale A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, cit., 106.

¹⁷ FRANZONI M., *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile Scialoja - Branca, Libro IV- Delle obbligazioni*, sub. artt. 2043-2059, a cura di F. GALGANO, Zanichelli-II foro italiano, Bologna – Roma 1993, 127. Cfr. anche G. VISINTINI, *I fatti illeciti*, II, Cedam, Padova, 10 ss., la quale precisa che le norme oggetto di violazione sono molteplici: possono, essere ordinarie, speciali eccezionali; civili, penali, amministrative; regolamenti, purché tutte rivolte a prevenire eventi dannosi quali conseguenza di un evento dannoso cagionato con l'azione o la omissione vietate.

colpevolezza risulta agevolato in quanto finisce col risolversi nella prova dell'inosservanza del precetto già accertata in sede amministrativa.

3 Il fatto illecito

Ai sensi dell'art. 1 della Direttiva chiunque abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o un'associazione di imprese ha il diritto di chiedere a tale impresa o associazione il pieno risarcimento del danno.

Secondo il successivo art. 2 per: «violazione del diritto della concorrenza» deve intendersi la violazione dell'articolo 101 o 102 TFUE o del diritto nazionale della concorrenza».

Le fattispecie vietate dalla disciplina antitrust nazionale e comunitaria che possono dare luogo a fatti illeciti rilevanti, perché produttivi di un danno ingiusto, sono, perciò, costituite dalle intese restrittive della concorrenza, dall'abuso di posizione dominante e, a certe condizioni, dalle concentrazioni tra imprese¹⁸. Si tratta di comportamenti vietati in quanto concretandosi in un peggioramento delle variabili attraverso cui si esplica il processo concorrenziale, rischiano di cagionare un danno ai consumatori nonché agli imprenditori vittime dell'abuso.

Con riferimento alle intese, la normativa – sia nazionale, sia comunitaria – individua una serie di condotte illecite, consistenti in particolare nella fissazione dei prezzi di acquisto o di vendita o di altre condizioni contrattuali; nella limitazione della produzione, degli sbocchi o degli accessi al mercato; nella compartimentazione dei mercati; in pratiche discriminatorie e, da ultimo, in pratiche leganti, vertenti nell'imposizione di prestazioni supplementari rispetto a quelle oggetto dell'accordo contrattuale¹⁹.

¹⁸ La differenza tra norme comunitarie ed italiane riguarda essenzialmente i rispettivi ambiti di applicazione territoriale: quelle europee si applicano ai comportamenti anticoncorrenziali che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri dell'Unione Europea, mentre quelle italiane si applicano ai comportamenti suscettibili di incidere sulla concorrenza esclusivamente all'interno del territorio nazionale.

¹⁹ Un'elencazione simile è prevista anche nella disposizione che vieta l'abuso di posizione dominante: sia l'art. 3 l. n. 287/1990 che l'art. 102 TFUE individua infatti una serie di condotte esemplificanti l'abuso che corrisponde in linea generale a quello previsto in tema di intese. L'unica fattispecie che non è richiamata

La dottrina che si è interrogata sulla natura di tale elencazione ha rinvenuto in essa una funzione esemplificativa, fondando questa soluzione anche sull'orientamento della Corte di Giustizia che, con riferimento alla corrispondente disciplina comunitaria, da sempre ne esclude la tassatività²⁰.

Tanto la giurisprudenza municipale quanto l'Autorità Garante si sono allineate a tale interpretazione, recependo una nozione ampia di accordo vietato, volta a ricomprendere tutte le condotte finalizzate a porre in atto iniziative idonee ad alterare il gioco della concorrenza, attribuendo di conseguenza all'elencazione un carattere non tassativo, dal momento che la formale riconduzione all'una o all'altra delle condotte tipizzate non è ritenuta determinante al fine del riconoscimento dell'illecito²¹.

I mezzi attraverso i quali può essere realizzata un'intesa sono tre: gli accordi; le deliberazioni tra imprese; le pratiche concordate.

L'art. 2 della nostra legge sulla concorrenza richiede, peraltro, che la restrizione della concorrenza sia sensibile. Pur in assenza di simile previsione, la giurisprudenza²² e la Commissione Europea hanno affermato che la restrizione della concorrenza deve essere consistente.

dalla previsione in materia di abuso di posizione dominante è quella consistente nella ripartizione dei mercati e delle fonti di approvvigionamento, contenuta nell'art. 2, lett. c), l. n. 287/1990. La ragione di tale scelta è evidente: tale condotta, consistente nella suddivisione di un territorio in tanti mercati quanti sono i partecipanti all'intesa, presuppone il concerto di più imprese, mentre la condotta di abuso si riferisce normalmente ad un comportamento unilaterale.

²⁰ In tal senso: P. GIUDICI, *Art. 2 Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in, *Concorrenza mercato*, A cura di V. AFFERNI, Padova, 1994, 85 s. Si vedano L. MANSANI, *La disciplina delle intese restrittive della concorrenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, 1, 102; G.M. BERRUTI, *Le intese anticoncorrenziali vietate*, in *Giust. civ.*, 2000, 9, 397 ss. In giurisprudenza cfr. App. Milano, 13 luglio 1998, in *Dir. ind.*, 1999, 3, 252 ss. con nota di S. DETTONI, *Attività di «lobbying» e manovra antitrust*.

²¹ In giurisprudenza v. App. Milano, 13 luglio 1998, con nota di S. DETTONI, *Attività di «lobbying» e manovra antitrust* cit. 252 ss., che ha sancito l'illiceità di un'intesa tra imprese tesa a sviluppare un'azione concertata di pressione sulla pubblica opinione e sulle pubbliche autorità allo scopo di impedire l'insediamento di una nuova attività industriale concorrenziale, nonostante tale fattispecie si fosse concretata «al di fuori del mercato, e quindi in un'area per così dire neutra rispetto alla disciplina antitrust». La Corte ha in particolare rilevato come il fatto che tale condotta non sia riconducibile a nessuna delle attività di cui alle lett. a), b), e), d), ed e) del comma 2 dell'art. 2 l. n. 287/1990, non impedisce di sanzionarla, dal momento che tale elencazione «non è esaustiva né tassativa ma è semplicemente esemplificativa di un'attività che abbia per oggetto o per effetto di restringere o falsare la concorrenza». Si veda anche Trib. I grado CEE, 24 ottobre 1991, in *Racc.*, 1991, II, 867. Con riferimento ai provvedimenti dell'Autorità Garante, si pensi alle ipotesi in cui sono stati sanzionati i meri scambi di informazioni, indipendentemente dai comportamenti tenuti dalle imprese in virtù dell'ottenimento delle stesse: AGCM, 8 giugno 1994, in *Boll.*, n. 23/94; AGCM, 10 ottobre 1996, in *Boll.*, n. 41/96; AGCM, 12 giugno 1997, in *Boll.*, n. 24/97; AGCM, 28 luglio 2000, in *Boll.*, n. 30/00.

²² Corte giust., 9 luglio 1969, C- 5/69, *Völk v. Vervaecke*, in *Racc.*, 1969, 295.

Affinché un'intesa rientri tra quelle vietate, inoltre, è necessario che abbia per oggetto²³ o effetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza.

I due requisiti, per opinione consolidata della giurisprudenza, sono da intendersi come alternativi. In una nota sentenza²⁴ la Corte di giustizia ha affermato che «il carattere non cumulativo, ma alternativo della presente condizione, sottolineato dalla congiunzione o implica anzitutto la necessità di prendere in considerazione l'oggetto dell'accordo, tenendo conto delle circostanze economiche in cui esso deve essere applicato». La valutazione degli effetti è necessaria solo se l'esame «non riveli un grado sufficiente di dannosità per la concorrenza». Questa interpretazione è stata confermata più volte da altre pronunce della giurisprudenza europea²⁵.

Sul punto la commissione in una comunicazione dopo aver specificato che le restrizioni della concorrenza per oggetto «sono quelle che per loro stessa natura possono restringere la concorrenza» ha affermato che in questo caso vige, in buona sostanza, una sorta di presunzione, basata sul carattere grave della restrizione e sull'esperienza acquisita, che ha dimostrato che le restrizioni della concorrenza per oggetto possono verosimilmente determinare effetti negativi sul mercato e pregiudicare gli obiettivi perseguiti dalle regole di concorrenza comunitarie, tale per cui si rende superfluo ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, dimostrare l'esistenza di effetti specifici sul mercato²⁶.

²³ Cfr. anche P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2004, 70: «con il termine oggetto non si vuole fare riferimento all'intenzione delle parti - la quale non rileva tanto nella valutazione della restrittività dell'intesa, quanto in quello dell'irrogazione della eventuale sanzione - ma, in coerenza ad un approccio di tipo funzionale, all'oggettivo scopo e significato che l'intesa assume nel proprio contesto economico di riferimento».

²⁴ Corte giust., 30 giugno 1966, Causa C-56/65, *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH*, in *Racc.* 1966, 262. Sul fronte interno si v. fra le tante Cons. Stato, 9 febbraio 2011, in *Foro amm.*, 2011, 2, 562.

²⁵ Corte giust., 8 luglio 1999, C-199/92 P, *Hüls v. Commissione*, in *Racc.*, 1999, 4125; ID., 17 luglio 1997, causa C-219/95, *Ferriere Nord v. Commissione*, in *Racc.*, 1997, 4411; ID., 11 gennaio 1990, C-277/87, *Sandoz prodotti farmaceutici v. Commissione*, in *Racc.*, 1990, 45; ID., 13 luglio 1966, cause riunite C-56/64 e C-58/64, *Consten e Grunding-Verkaufs-GmbH v. Commissione*, in *Racc.*, 1966, 458. In tal senso anche Commissione, *Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del trattato, 2004/C 101/08*, in GUCE 2004, C 101/97, § 20.

²⁶ Commissione, *Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81*, cit., § 21.

Se un'intesa può essere vietata e sanzionata in ragione del suo impatto potenziale, senza che abbia prodotto effetti sul mercato; laddove al contrario si tratta di accertare che tale condotta illecita ha cagionato un danno, la verifica dell'oggetto non è più sufficiente, dovendosi indagare sui reali effetti lesivi dell'intesa. Non si può infatti a priori escludere che l'accordo, seppur illecito, sia rimasto inattuato o che, seppur attuato, non abbia prodotto effetti pregiudizievoli in capo ai singoli.

Come anticipato, altra condotta passibile di integrare gli estremi dell'illecito è costituita dall'abuso di posizione dominante.

Sia il legislatore interno che quello comunitario, pur avendo individuato un elenco esemplificativo di comportamenti che possono costituire pratiche abusive²⁷, si sono limitati a vietare la condotta senza fornire la definizione di posizione dominante, né tantomeno del suo abuso. Secondo la Corte di Giustizia, essa può essere definita come quella «posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e in ultima analisi dei consumatori»²⁸.

Tale nozione non solo si è consolidata nelle successive pronunce comunitarie²⁹, ma è anche stata ripresa dalla nostra Autorità Garante³⁰.

²⁷ Sia la disposizione comunitaria che quella corrispondente interna individuano una serie di condotte vietate a chi detiene una posizione di forza, consistenti nell'imporre condizioni contrattuali non eque; impedire o limitare l'accesso o lo sbocco al mercato; applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni diverse per prestazioni equivalenti; o, ancora, subordinare la vendita di un bene alla condizione che l'acquirente accetti l'acquisto di prestazioni supplementari economicamente separabili.

²⁸ Corte giust., 14 febbraio 1978, causa C-27/76, *United Brands Company e United Brands Continental BV v. Commissione - "United Brands"*, in *Racc.* 1978, 207, punto 65.

²⁹ Cfr.: Corte giust., 13 febbraio 1979, Causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 1979, 461; ID., 11 dicembre 1980, causa C-31/80, *L'Oreal v. De Nieuwe AMCK*, in *Foro it.*, 1981, IV, cc. 201 ss.; ID., 9 novembre 1983, Causa C-322/81 *Michelin v. Commissione*, in *Foro it.*, 1985, IV, cc. 65 ss.; ID., 3 ottobre 1985, Causa C-311/84, *Centro Belga di studi di mercato-Telemarketing v. compagnia lussemburghese Compagnia Lussemburghese di Telediffusione ed informazione pubblicitaria Benelux*, in *Racc.*, 1985, I, 3261; ID., 4 maggio 1988, Causa 30/87, *Bodson v. S. A. Pompesfunèbres*, in *Racc.*, 1988, 2479.

³⁰ Da ultimo: AGCM, 17 dicembre 1998, Consorzio Risposta/Ente Posta Italiane, in *Boll.*, 1998, 51; AGCM, 2 marzo 1995, De Montis Catering Roma/Aeroporti Roma, in *Boll.*, 1995, 5; AGCM, 25 luglio 1994, Assoutenti/Alitalia Spa, in *Boll.*, 1994, 30; AGCM, 24 marzo 1993, Ducati/SIP, in *Boll.*, 1993, 6.

Detenere un forte potere di mercato non contrasta di per sé con le regole della concorrenza³¹; infatti, oggetto del divieto non è di per sé la posizione dominante, ma il suo sfruttamento abusivo, cioè quella condotta unilaterale volta a sfruttarla al fine di massimizzare i profitti a danno dei fornitori e/o clienti (abusi di sfruttamento) ovvero di concorrenti (abusi escludenti)³².

La Corte di Giustizia ha affermato come quello di abuso sia un concetto «oggettivo», non rileva il carattere intenzionale o meno della condotta, quello che conta è la capacità del comportamento dell'impresa in posizione dominante di ostacolare lo sviluppo della concorrenza o il mantenimento della stessa sul mercato in cui opera³³.

Nella prassi, però, specie con riferimento alle condotte tipizzate dalla legge la giurisprudenza non sempre è riuscita ad attenersi al criterio degli effetti anticoncorrenziali e talvolta ha ricavato illiceità della condotta dalla semplice corrispondenza del comportamento concreto alla fattispecie astratta, tralasciando la verifica dell'effetto distorsivo ad opera del comportamento esaminato³⁴.

³¹ Purché esso non sia stato acquisito tramite un'operazione di concentrazione. Ai sensi dell'art. 6 l. n. 287/1990, infatti, l'Autorità Garante può vietare un'operazione di concentrazione che abbia comportato l'acquisizione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale, con effetti pregiudizievoli per la concorrenza.

³² Cass., 17 maggio 2000, n. 6368, in *Giust. civ.*, 2000, I, 3175. In dottrina cfr.: V. MELI, *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione di prezzi "non equi"*, Milano, 1989, 10 ss., il quale rileva come il fatto che in Europa non vi sia mai stata un'opposizione di principio alla formazione e all'esistenza di posizioni di potere economico sia dipeso dall'esigenza, fortemente avvertita, di avere sistemi produttivi in grado di affrontare l'accresciuta concorrenza. E proprio tale esigenza ha condotto i legislatori nazionali, quanto meno per un certo periodo, a vedere con favore quelle operazioni che conducessero al consolidamento di complessi produttivi di rilevanti dimensioni. Sul tema si vedano anche F. GHEZZI M. MAGGIOLINO, *L'abuso di posizione dominante: alcune notazioni di carattere generale*, in *I contratti nella concorrenza*, a cura di A. CATRICALÀ, E. GABRIELLI, Utet Giuridica, Torino, 2011, 224 ss. D'altronde già nella Relazione ministeriale al disegno di legge n. 2076 sulla «Tutela della libertà di concorrenza», in *Riv. soc.*, 1960, 1 407, si rilevava come ciò che è vietato è utilizzare la posizione raggiunta in maniera distorta, antisociale, trasformandola in uno «strumento di sopraffazione economica e politica».

³³ Corte giust., 11 dicembre 1980, Causa C-31/80, *NV L'Oréal e SA L'Oréal c. PVBA "De Nieuwe AMCK"*, in *Racc.*, 1980, 3775; Corte Giust., 13 febbraio 1979, Causa 85/76,.

³⁴ Esempi di tale tendenza si rinvencono con riferimento alla condotta di imposizione di prezzi predatori, ovvero la vendita di prodotti sottocosto al fine di estromettere dal mercato i concorrenti o di ostacolare l'ingresso di new comers. Ai fini di un giudizio di illiceità di tale fattispecie, la giurisprudenza non ha ritenuto necessario indagare sugli effetti negativi che essa possa aver esplicato sul mercato, ritenendo sufficiente l'intento escludente dell'impresa. Così, in una sentenza, la Corte di Giustizia, dopo aver rilevato che «nessuna concorrenza esercitata facendo leva sui prezzi può considerarsi legittima», ha condizionato il riconoscimento dell'abuso alla semplice intenzione, da parte dell'impresa in posizione dominante, di eliminare i concorrenti (Corte giust., 3 luglio 1991, Causa C-62/86, *AKZO Chemie BV c. Commissione*, in *Racc.*, 1992, I, 3439). In altra pronuncia, inoltre, è stato ritenuto inopportuno verificare, come prova supplementare dell'abuso, l'esistenza per l'impresa di un'effettiva possibilità di recupero delle perdite subite a causa della vendita sottocosto, dal momento che, ai fini del riconoscimento dell'illiceità della condotta

E' ovvio che ai fini risarcitori, come rilevato per le intese, non è sufficiente la mera attitudine della pratica a produrre danno, dovendo accertarsi la sussistenza di un pregiudizio economico in capo all'attore.

Pertanto, sotto questo punto di vista non necessariamente un'azione *follow-on* presenta un onere della prova del comportamento illecito meno gravoso rispetto a quello che può caratterizzare un'azione *stand-alone*, per quest'ultime addirittura incomberà sull'attore l'onere di provare il comportamento lesivo della concorrenza e delle regole di mercato, tenuto dall'impresa che ha partecipato all'intesa o che ha abusato della sua posizione dominante. Per tale motivo, nell'ottica di aumentare le poche *chances* di ottenere una sentenza favorevole, considerati i notevoli ostacoli nei quali incorrono i privati a causa delle difficoltà di accesso a tutta una serie di prove necessarie per saggiare la colpevolezza dell'impresa danneggiante, notevole importanza riveste la possibilità per l'attore di ottenere la divulgazione (o esibizione³⁵) delle prove.

4 L'ingiustizia del danno

L'attivabilità della tutela aquiliana per il pregiudizio riportato dalla vittime dell'illecito presuppone la sussistenza di una situazione giuridica soggettiva previamente riconosciuta dall'ordinamento la cui lesione possa innescare la tutela aquiliana³⁶ o secondo una diversa linea ricostruttiva che propugna una lettura dell'art. 2043 alla stregua di una norma contenente una clausola generale e, dunque, ammette la risarcibilità di qualunque lesione a carico di un interesse socialmente

predatoria, è sufficiente il semplice intento di ostacolare la concorrenza (Corte giust., Causa C - 333/94, 14 novembre 1996, in *Dir. Ind.*, 1997, 8, 673). Sul versante italiano si veda AGCM, 9 febbraio 1995, Tekal/Italcementi, in Boll. 6/1995, in cui la vendita « a bocca d'impianto » da parte di Italcementi del calcestruzzo a prezzi inferiori dei costi variabili è stata considerata « di per sé (corsivo nostro) come un comportamento abusivo », anche « a prescindere dalle giustificazioni addotte dalle parti tese ad escludere la volontarietà nella produzione degli effetti anticoncorrenziali ».

³⁵ In tal senso si esprime la norma interna di recepimento.

³⁶ In tal senso si v. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2018, 129 ss. il quale continua ad essere fermo sostenitore dell'idea secondo cui l'art. 2043 c.c. abbia carattere di norma « secondaria », volta ad attribuire tutela risarcitoria solo a situazioni soggettive già ad altro titolo contemplate e tutelate da norme di legge.

protetto, l'accertamento di una lesione ad un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico³⁷.

La Corte di Cassazione ha rilevato che «ai fini della risarcibilità dei danni configurabili quali ricadute estreme sul consumatore finale di un'intesa restrittiva della concorrenza, non è sufficiente la semplice sussistenza, a monte della singola operazione conclusa dal consumatore, di un'intesa vietata, ma occorre dimostrare che, nel concreto, il rapporto instauratosi fra quest'ultimo e l'impresa si connoti per la violazione di uno specifico ed autonomo diritto soggettivo»³⁸.

Se non vi sono mai stati dubbi circa la possibilità per l'imprenditore leso da una pratica anticoncorrenziale di attivare il rimedio aquiliano, essendo pacifico che i soggetti del mercato a cui la normativa antitrust si rivolge ed a cui presta tutela ricomprendono necessariamente le imprese³⁹, autorevole dottrina, argomentando a partire dalla lettura dell'art. 2043 c.c., concepito quale “norma secondaria” di tutela, che presuppone a sua volta (la violazione di) una norma primaria, ritenendo che gli interessi tutelati dalla legge 287/90 fossero solo quelli delle imprese, nonostante l'indiscutibilità del danno subito dal consumatore costretto a pagare un prezzo maggiorato rispetto a quello che gli sarebbe toccato in regime di libera

³⁷ È assai vasta la letteratura che considera il danno ingiusto dell'art. 2043 alla stregua di una clausola generale e conseguentemente “aperto” il sistema dell'illecito aquiliano. Scandirono da fronti differenti una linea di rottura con l'idea della rigorosa tipicità dell'illecito e della natura secondaria della norma di cui all'art. 2043, P. SCHLESINGER, *Il problema del risarcimento del danno*, in *Jus*, 1960, 336 ss., e S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964. Oltre alle opere testé richiamate, senza pretesa alcuna di completezza, si rinvia altresì a F.D. BUSNELLI, *Illecito civile*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Treccani, Roma, 1989, spec. 7; M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e Impr.*, 1987, 105 ss.; C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (dir. vigente)*, *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Giuffrè, Milano 1988, 1186 ss.; G. ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Jovene, Napoli, 1979; ID., *I Principi generali*, in *Tratt. di Diritto Privato*, a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2006, 486. Cfr., per una ricostruzione delle linee generali del dibattito – particolarmente vivace fino alla fine del secolo scorso – circa l'alternativa, se il nostro sistema di responsabilità civile sia costruito secondo la tecnica della clausola generale o della norma generale, si v. C. SCOGNAMIGLIO, *L'ingiustizia del danno*, in *Tratt. Dir. priv.* diretto da M. BESSONE, Giappichelli, Torino, 2005. Per la giurisprudenza, si rimanda all'importante statuizione contenuta in Sez. Un. civ., 22 luglio 1999, n. 500, pubblicata, tra le tante, in *Foro it.*, 1999, I, 2487, con nota di Palmieri-Pardolesi.

³⁸ Cass. civ., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it.*, 2003, I, 1121.

³⁹ In tal senso v. M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust in, Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M.R. MAUGERI - A. ZOPPINI, Il Mulino, 2009, 60, 61: secondo cui «non è difficile immaginare che [gli imprenditori] trovino legittimazione al ristoro aquiliano dei danni subiti già nella previsione dell'art. 33, legge 287/1990, e comunque dell'art. 2600 c.c. a misura che intese e comportamenti restrittivi della concorrenza non possono non ritenersi anche atti di concorrenza sleale».

concorrenza, ha negato a quest'ultimo la possibilità di valersi dell'azione di danni⁴⁰.

A sostegno di tale tesi, si è segnalato come anche negli Stati Uniti la subordinazione del riconoscimento dei danni tripli alla prova dell'*antitrust injury* sia sintomatica dell'esigenza di distinguere fra danni risarcibili e pregiudizi che, pur traendo origine da una violazione della disciplina antitrust sul piano causale, non si traducono in posizioni giuridicamente tutelate⁴¹.

Per contro, altri hanno ravvisato in questo ragionamento un errore di prospettiva⁴² rilevando come la concorrenza ha un beneficiario ultimo che è il consumatore⁴³.

Costoro muovendo dalla lettura dell'art. 2043 c.c. alla stregua di una disposizione contenente una clausola generale, hanno sottolineato come la libertà d'iniziativa economica dell'art. 41 Cost. non è tutelata come fine a se stessa, ma come strumento per consentire il raggiungimento del maggiore benessere collettivo.

Essa si snoda, inoltre, con le stesse esigenze e la stessa intensità, tanto nella iniziativa produttiva ed organizzativa degli imprenditori, quanto nella iniziativa dei singoli destinatari dei beni e dei servizi i quali, appunto, consumano la loro

⁴⁰ V. G. GUIZZI, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, in *Foro it.*, 2004, I, 479 ss., il quale ritenuto che, nell'ambito della legge antitrust, l'interesse del consumatore sia «un interesse di mero fatto, come tale non tutelabile in via giurisdizionale», ne recupera poi, in via indiretta, la rilevanza, sulla scorta di un diritto soggettivo pieno del consumatore alla correttezza dei rapporti contrattuali, sancito dall'art. 1, comma 1, lett. e, legge 30 luglio 1998, n. 281; ed infine conclude nel senso che il consumatore, in caso di violazione del diritto da parte dell'impresa che porta a compimento il proprio illecito antitrust, potrebbe alternativemente chiedere «la correzione dell'equilibrio sinallagmatico» o «l'inibitoria delle clausole contrattuali abusive». In tal senso, da ultimo C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 136 ss.

⁴¹ M. MAUGERI, *Risarcimento del danno e diritto antitrust: le prospettive comunitarie*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M.R. MAUGERI - A. ZOPPINI, cit., 156.

⁴² Nella, ormai non breve, storia della legislazione antitrust comunitaria, si è sempre ritenuto che l'illecito antitrust potesse dar luogo, a favore dei terzi danneggiati, ai rimedi risarcitori previsti dagli ordinamenti nazionali. E tale possibilità è stata riconosciuta fin dall'inizio, nell'ordinamento italiano fra gli altri da T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, 164. Più di recente, così M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, 10, 933.

⁴³ Sulle «molte anime (non tutte candide)» del diritto antitrust si v. F. DENOZZA, *Il disegno di legge antitrust: qualche problema tecnico*, in *Giur. comm.*, 1988, 1, 762, il quale già in sede di commento al disegno di legge (n. 1240 Senato) Battaglia immediato antecedente insieme al disegno di legge (n. 1012 Senato) Rossi dell'attuale disciplina della concorrenza, ha anche sottolineato la necessità di rafforzare il ruolo dei privati nell'*enforcement* del diritto della concorrenza pena il rischio di oberare di lavoro l'istituenda autorità della concorrenza.

iniziativa economica destinando le risorse individuali ad una o ad un'altra offerta, secondo elementari criteri di preferenza e convenienza.

Il danno ingiusto in questa prospettiva è stato rinvenuto nell'interferenza ingiustificata sull'interesse del consumatore a scegliere liberamente e consapevolmente nel mercato⁴⁴ e a massimizzare il proprio benessere.

Anche la giurisprudenza – dopo un primo momento in cui ha negato la sussistenza in capo al consumatore di un interesse meritevole di tutela sull'assunto che destinatari delle norme antitrust sarebbero solo le imprese⁴⁵ – a partire dalla nota pronuncia a Sezioni Unite 2207 del 2005 allineandosi alla tesi da ultimo richiamata ha riconosciuto in questi casi la sussistenza in capo al consumatore di un danno ingiusto *ex art.* 2043 c.c. derivante dalla lesione dell'interesse dello stesso a godere dei vantaggi di un mercato competitivo ⁴⁶.

Invero, la difficoltà a riconoscere in capo all'acquirente indiretto/consumatore finale un danno ingiusto meritevole di tutela risarcitoria non deve sorprendere.

Si deve, infatti, considerare come il tema dell'ingiustizia del danno risulti intrinsecamente intrecciato con quello della legittimazione ad agire e con quello del nesso di causalità, tanto che sotto tale profilo i confini tra la nozione di danno ingiusto e quella di causalità giuridica si assottigliano a tal punto che i due concetti finiscono inevitabilmente per coincidere.

Infatti poiché in materia di antitrust la qualificazione di illiceità dei comportamenti è operata dalla legge, sia il problema della qualificazione del danno

⁴⁴ In tal senso fa rilevare M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili*, cit. 935, nota 10, «un indice significativo delle contorsioni a cui conduce la concezione formalistica della libertà d'impresa (...), può vedersi nell'indagine di A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Giappichelli, Torino, 1998 che giunge ad includere nella libertà di iniziativa economica anche la libertà di scelta razionale del consumatore attraverso una reinterpretazione del primo comma dell'art. 41 Cost., con una soluzione originale, che però forza inutilmente il dato storico, nonché la struttura dispositiva della norma costituzionale (in cui i limiti del secondo e del terzo comma sono apparsi sempre giustificati dal fatto che la libertà d'impresa non può essere fine a se stessa)».

⁴⁵ Cass. civ., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it.*, 2003, I, 1134. Tale lettura non comportava, invero, la preclusione di qualsivoglia via risarcitoria azionabile da parte di altre categorie di soggetti e, in particolare, da parte dei consumatori finali: si ammetteva, infatti, che il diritto al risarcimento del danno potesse essere azionato in base alla disciplina sostanziale e processuale propria degli illeciti civili, dunque, sulla base di un diverso fondamento sostanziale (art. 2043 c.c.) e regime processuale.

⁴⁶ Cass., S.U., 4 febbraio 2005, n. 2207, cui si sono conformate Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, e 20 luglio 2005, n. 15270

come ingiusto che quello della individuazione di un nesso di causalità giuridicamente rilevante possono ambedue ricondursi al medesimo criterio: ossia lo «scopo della norma violata»⁴⁷.

D'altronde è stato messo in luce come « il mondo della r.c. sia un mondo di elementi cangianti e tendenzialmente indefiniti, talché si può far dire ad un elemento - ad es. la colpa, ciò che si può far dire ad altri, ad es. l'ingiustizia o il nesso causale»⁴⁸.

Non deve perciò stupire che taluni abbiano fatto ricorso al filtro dell'ingiustizia per circoscrivere l'area dei pregiudizi risarcibili.

A riprova di quanto i due temi siano intrecciati, non si può fare a meno di considerare come, almeno in Italia, è accaduto anche il contrario: il rinvio alla causalità è servito a risolvere problemi che, forse, più correttamente avrebbero dovuto essere risolti a partire dalla clausola di ingiustizia⁴⁹.

Tuttavia alla luce della disciplina di nuovo conio deve essere riconosciuta in capo al consumatore la sussistenza del diritto al risarcimento del danno e semmai ci si deve confrontare con i problemi che l'applicazione delle regole in tema di causalità pone.

5 Il nesso causale: considerazioni generali e rinvio

Una volta provati il fatto illecito, l'elemento soggettivo e il danno ingiusto, secondo quanto previsto dall'art. 2043 c.c., chi agisce per ottenere il risarcimento del danno ha l'onere di provare il nesso causale tra il danno e la condotta illecita.

⁴⁷ S. BASTIANON, *Violazioni della normativa antitrust e risarcimento del danno*, in *Danno e resp.*, 1996, 5, 560.

⁴⁸ P.F. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di dir. civile*, diretto da Sacco, UTET, Torino, 1998, 53.

⁴⁹ M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, a cura di M. FRANZONI, Giuffrè, Milano, 2010, 71 ss. V., inoltre, F. MACARIO, *Il nesso causale*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, a cura di P. SIRENA, Giuffrè, Milano, 2011, 137, il quale discorre di «settori della responsabilità civile» ove la causalità, e più specificamente del carattere diretto o indiretto di un danno (art. 1223 c.c.) viene utilizzata come criterio di selezione degli interessi meritevoli di tutela, così risolvendo il diverso problema dell'ingiustizia del danno.

A differenza del codice penale, il codice civile non dà definizione della causalità⁵⁰. Le uniche due norme che ad essa fanno riferimento sono l'art. 2043 c.c. che utilizza l'espressione «cagiona ad altri un danno ingiusto» e l'art. 1223 c.c., applicabile al danno aquiliano giusto il rinvio a detta norma operato dall'art. 2056 c.c., che prevede «il risarcimento dei danni che siano conseguenza immediata e diretta dell'illecito».

Secondo la dottrina prevalente, le due disposizioni fanno riferimento a due momenti diversi del giudizio di causalità per i quali può parlarsi, rispettivamente, di causalità in fatto e di causalità giuridica.

La prima fase concerne la ricostruzione del fatto ai fini dell'imputazione della responsabilità ed è volta ad accertare che la condotta illecita sia stata effettivamente la causa del danno verificatosi (c.d. danno-evento). La seconda in cui opera l'art. 1223 c.c. è tesa a delineare l'area del danno risarcibile affinché non si giunga ad un obbligo infinito di risarcimento del danno per tutti i possibili danni, anche lontani, la cui causa, nel senso di una *conditio sine qua non*, possa essere ravvisata nel comportamento antigiuridico (c.d. danno conseguenza)⁵¹.

Da quanto detto emerge che nel sistema della responsabilità civile la causalità assolve ad una duplice finalità: imputare al responsabile il fatto illecito, e stabilire l'entità delle conseguenze pregiudizievoli del fatto che si traducono nel danno risarcibile.

In questa prospettiva dicotomica, l'art. 1223 c.c., lungi dall'occuparsi del rapporto tra condotta ed evento lesivo e dunque dell'*an* del risarcimento, presuppone già risolto il problema della responsabilità (art. 1218 c.c.), mirando

⁵⁰ P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967, 25 rileva, sul punto, che tale situazione di incertezza del dato legislativo non è, peraltro, assolutamente un caso proprio dell'ordinamento italiano, sia perché gli studi sistematici sulla causalità non hanno ancora condotto a risultati codificabili, sia perché ogni teoria in materia, anche se spesso intuibile, è sempre molto difficile da formulare. Sul punto comunque C. CASTRONOVO, *Responsabilità*, cit., 352, nota 10 fa notare che con tale scelta il legislatore non ha voluto rimettere completamente all'interprete la questione causale in quanto la disciplina prevista per l'illecito penale è applicabile anche a quello civile considerato che l'unicità dell'ordinamento impone di applicare una disciplina a prescindere dalla materia nella quale sia stata specificamente prevista quando non ve ne sia una *ad hoc* e che il fatto illecito ha la stessa struttura del reato.

⁵¹ P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., 19; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, cit., 84 ss. In tal senso si è espresso anche l'Avv. Generale Konkott nelle conclusioni relative al caso Kone.

unicamente a circoscrivere il contenuto e l'estensione del danno risarcibile⁵² alle sole conseguenze pregiudizievoli “immediate e dirette”⁵³.

A favore di detta scomposizione si è orientata in modo espresso la giurisprudenza di legittimità a far data dalla storica sentenza sul caso Meroni⁵⁴.

Ciò posto, per l'accertamento del nesso di causalità c.d. giuridica tra evento lesivo e danni conseguenza risulta pressoché pacifico in giurisprudenza ed in dottrina il principio per cui occorre far riferimento, ai sensi dell'art.1223 c.c., al criterio della c.d. regolarità causale, alla stregua del quale sono risarcibili i danni immediati e diretti in quanto siano normale conseguenza dell'evento lesivo, secondo l'*id quod plerumque accidit* o secondo la comune esperienza⁵⁵.

E', invece, sul crinale della definizione e dell'accertamento del nesso di causalità materiale tra un fatto ed un evento di danno che si registra un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale, allo stato ben lungi dal comporsi, visto che anche i referenti normativi che si rinvencono in ambito penale nulla precisano espressamente circa la causalità in sé considerata e circa i criteri da applicare in concreto per l'accertamento della medesima.

Sul punto sono state proposte varie ricostruzioni e la scelta di una di queste, lungi dall'avere solo un rilievo descrittivo, equivale ad affermare o negare che vi sia responsabilità, ovvero che in determinati casi il soggetto danneggiato abbia diritto al risarcimento. In questa elaborazione concettuale la dottrina e

⁵² Le origini di questo orientamento risalgono a G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 1, 409 ss.; e poi F. D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, 126; V. CARBONE, *Il rapporto di causalità*, in *La responsabilità civile*, a cura di G. ALPA, M. BESSONE, vol. II, Utet, Torino, 1997, 55 ss. In tal senso, più di recente, tra gli altri: FRANZONI M., *Dei fatti illeciti*, cit., 84; C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale*, in *Enc. del Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1250; ID., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1998, 171; P. GIANNITI, *Responsabilità civile e penale a confronto*, Cedam, Padova, 1998.

⁵³ Così G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, 557. Una dottrina minoritaria nega che l'art. 1223 c.c. abbia un fondamento causalistico: tra questi, si rinvia a F. CARNELUTTI, *Perseverare diabolicum (a proposito del limite della responsabilità per danni)*, in *Foro it.*, 1952, IV, 99; ed a P. SCHLESINGER, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 346.

⁵⁴ Cass., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, 1286. La giurisprudenza per lungo tempo non ha preso posizione sul tema ed anzi sembrava optare per una concezione unitaria del rapporto di causalità ad es. Cass. 12 aprile 1951, n.872, in *Mass. Giur. It.*, 1951. Più recentemente, la distinzione è stata ribadita da Cass. 10 maggio 2000, n. 5962, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 91.

⁵⁵ Cass. civ., 4 luglio 2006, n. 15274, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7-8.

giurisprudenza civili sono state largamente influenzate dalle riflessioni condotte in ambito penalistico, adottandone spesso i risultati.

Le teorie che hanno avuto maggiore seguito e riscontro in ambito civile sono quella della *condicio sine qua non* e quella della causalità adeguata.

Secondo la prima la condotta è causa dell'evento quando è condizione necessaria dello stesso, da accertare *ex post* attraverso il c.d. giudizio controfattuale. Proprio perché considera equivalenti tutte le condizioni che concorrono alla produzione dell'evento lesivo, la teoria in esame – se sviluppata fino alle estreme conseguenze – porta a considerare causali anche i remoti antecedenti.

La formula della *condicio sine qua non*, inoltre, non riesce a fornire indicazioni probanti in merito all'esistenza del nesso eziologico nei casi caratterizzati da una successione di eventi che fuoriesce dagli schemi di un'ordinaria prevedibilità.

Si pensi, in generale, al celebre esempio di scuola della morte di una persona provocata dall'incendio di un reparto ospedaliero in cui è stata ricoverata a seguito dell'incidente stradale la cui responsabilità è stata accertata a carico di un automobilista.

Proprio per attenuare il rigore di una rigida applicazione della teoria condizionalistica, la teoria della causalità adeguata prende le mosse da quest'ultima, apponendovi però un limite: per la sussistenza del rapporto di causalità non è sufficiente che l'azione sia *condicio sine qua non* dell'evento, ma è necessario che l'evento sia una conseguenza normale o almeno non improbabile dell'azione.

La Cassazione ha affermato che «Il giudice di merito, per stabilire se sussista il nesso di causalità materiale - richiesto dall'art. 2043 c.c. in tema di responsabilità extracontrattuale tra un'azione o un'omissione ed un evento deve

applicare il principio della "conditio sine qua non", temperato da quello della regolarità causale, sottesi agli art. 40 e 41 c.p.»⁵⁶.

Così ragionando, se il pedone investito da un automobilista è morto per dissanguamento o per l'investimento da parte di un'altra auto sopravvenuta, siamo in presenza di un rapporto di causalità adeguata, perché quei decorsi causali erano non improbabili. Se viceversa la morte dello stesso è intervenuta mentre si trovava in ospedale a seguito di un incendio, il rapporto di causalità dovrebbe considerarsi escluso per il carattere anormale del concreto decorso causale.

Facendo applicazione di questo principio, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto insussistente il nesso causale tra le lesioni riportate in un sinistro stradale e la produzione dell'evento morte e ciò in ragione della natura e tipologia delle lesioni subite dal danneggiato in occasione dalla caduta da ciclomotore, a raffronto delle cause del decesso, verificatosi circa sei mesi dopo l'incidente e per una patologia ad esso completamente estranea, tale da porsi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto⁵⁷.

Oltre a queste teorie che si sforzano di coniugare, in una prospettiva giuridica, le soluzioni al problema dell'eziologia raggiunte grazie all'apporto più o meno palese delle altre branche del sapere con le ragioni di *policy* e di ingegneria sociale giuridica, la dottrina ha elaborato altre teorie che possono essere sussunte nella categoria dell'imputazione obiettiva dell'evento. La più importante di queste è certamente quella elaborata dal Josserand e nota comunemente come teoria dell'aumento del rischio. Il suo principale fautore in Italia è senza dubbio Trimarchi. In base a quest'ultima impostazione, la responsabilità può dirsi sussistente laddove la condotta abbia aumentato le probabilità di verificazione dell'evento dannoso. Questo dunque deve venire ascritto a quel soggetto che abbia posto in essere una condotta che ha aumentato il rischio che si verificasse e ciò anche qualora manchi in concreto la prova che quel determinato evento sia stato causato proprio da quello specifico comportamento. Sempre all'opera di Trimarchi

⁵⁶ Cass. civile sez. III, 22 ottobre 2003, n.15789 in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 10; Id., 19 ottobre 2015, n.21086 in *Arch. circolaz.*, 2015, 1008.

⁵⁷ Cass. sez. III, 19 ottobre 2015, n.21086.

si deve la teoria dello scopo della norma violata. In base alla stessa, in caso di responsabilità per colpa, l'evento si intende cagionato dall'agente quando con la sua condotta realizza proprio quel rischio che la norma violata mirava ad evitare. Inoltre, la responsabilità civile andrà esclusa quante volte a quei rischi il soggetto sarebbe stato esposto comunque. Così, nel caso in cui il soggetto trasportato illegittimamente su un motociclo resti vittima di un incidente stradale e muoia non per effetto delle ferite, ma a causa della polmonite contratta nell'attesa dei soccorsi, la causalità andrà esclusa posto che la norma violata, non mira ad evitare quella malattia⁵⁸.

Si è tuttavia sostenuto che la diversa derivazione normativa che regola i due momenti di accertamento della causalità, non deve indurre a mettere in questione l'unicità del legame causale che parte dal fatto imputabile e giunge fino all'ultimo degli eventi considerati conseguenze dirette e immediate ai fini della determinazione dell'oggetto dell'obbligazione risarcitoria. Così si pervenuti all'idea che la compromissione di interessi estranei a quello specificamente tutelato dalla norma violata non rileva ai fini della determinazione del danno risarcibile in quanto la violazione di interessi altri da quello specificamente tutelato non rientra nel novero delle conseguenze immediate e dirette a cui solo l'art. 1223 c.c. ricollega il sorgere dell'obbligazione risarcitoria.⁵⁹

Ferma l'identità ontologica del nesso causale, la diversità di funzioni dei regimi di responsabilità nei due settori dell'ordinamento giuridico e le differenze sul terreno processuale hanno, però, indotto la giurisprudenza a fare, nel campo civile, un governo assai peculiare dei principi anzidetti, arrivando assai raramente a concludere che eventi non privi di una qualche carica di anomalia ed imprevedibilità abbiano la forza di interrompere la catena causale.

Per rendersi conto di questo atteggiamento si consideri che, il conducente di un veicolo, che aveva colposamente cagionato un sinistro stradale, è stato chiamato a rispondere dell'insorgenza di una epatite virale contratta dalla vittima

⁵⁸ P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., 67.

⁵⁹ C. CASTRONOVO, *Responsabilità*, cit. 389 ss.

del sinistro a seguito di una emotrasfusione somministratagli in esito alle lesioni riportate nell'incidente sulla base della considerazione che «l'individuazione del rapporto di causalità tra un evento e l'ultimo fattore di una serie causale non esclude la rilevanza di quelli anteriori, che abbiano avuto come effetto di determinare la situazione su cui il fattore successivo è venuto ad innestarsi, il limite alla configurazione del rapporto di causalità tra antecedente ed evento è rappresentato solo dall'idoneità della causa successiva ad essere valutata, per la sua eccezionalità rispetto al fattore causale remoto, come causa sufficiente ed unica del danno»⁶⁰.

Allo stesso modo, nel caso di lesioni personali seguite da trattamento sanitario che, in luogo di determinarne la guarigione, le abbia aggravate (o abbia addirittura provocato la morte del paziente); si è esclusa l'interruzione del nesso di causalità tra la morte e le lesioni che hanno «reso necessario l'intervento dei sanitari la cui imperizia e negligenza non costituisce fatto imprevedibile ed atipico, ma un'ipotesi che si inserisce nello sviluppo della serie causale» poiché l'intervento medico è, difatti, vicenda sicuramente tipica e prevedibile, mentre lo stesso errore professionale, non potendo, di per sé, ritenersi fatto del tutto imprevedibile o inverosimile, si inserisce del tutto legittimamente nella serie causale originata dall'azione offensiva - rispetto alla quale costituisce, dunque, momento normale di evoluzione⁶¹.

La valutazione degli usi cui l'accertamento del nesso causale è destinato, induce in chiave probatoria a distinguere tra causalità a fini civili e a fini penali. L'orientamento maggioritario, sia in dottrina⁶² sia in giurisprudenza⁶³, è, infatti,

⁶⁰ Cass. civ., sez. III, 24 aprile 2001, n. 6023 in *Danno e resp.*, 2001, 814.

⁶¹ Cass. civ., sez. III, 04 giugno 2001, n. 7507 in *Dir. ed economia assicuraz.*, 2001, 1166.

⁶² M. BONA, *Nesso di causalità*, in *Danno e resp.*, 2006, 4, 396; M. BONA, P.G. MONATERI, *Il nesso di causa nella responsabilità civile per danno alla persona*, in *Il nesso di causa nel danno alla persona*, a cura di M. BONA, IPSOA, Milano, 2005, 1 ss.; F. STELLA, *A proposito di talune sentenze civili in tema di responsabilità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 4, 1159; M. BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile del medico e del datore di lavoro a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite Penali sulla responsabilità omissiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 2, 384; V. CARBONE, *Il rapporto di causalità*, in *La responsabilità civile*, cit., 51 ss. Per l'applicazione dell'omologo criterio del "more likely than not test" da parte delle corti inglesi v. C. VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 275 ss.

⁶³ *Ex multis*: Sez. Un. civ., 11 gennaio 2008, n. 576, in *Giust. civ.*, 2009, I, 2533; Cass. civ., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Foro it.*, 2013, I, n. 3122 ss.; in *Contr.*, 2014, 2, 113 ss. con nota di S. PAGLIANTINI; in

nel senso di ritenere che mentre in ambito penale vige la regola dell' "oltre ogni ragionevole dubbio", in ambito civile prevale quella della preponderanza dell'evidenza o del cd. "più probabile che non", verificato riconducendone il grado di fondatezza nell'ambito degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto e quindi applicando un giudizio in termini di probabilità logica. Tale regola comporta che il giudice accetti come provato l'enunciato che ha ricevuto, in relazione alle prove disponibili, il grado maggiore di conferma sulla base della regolarità statistica e la verosimiglianza logica.

A seguito di tale processo di definizione si è, così, venuto delineando un modello per la causalità civile basato su distinti e peculiari principi di accertamento della causalità ai fini della responsabilità civile e incentrato sul principio della prevedibilità *ex ante* e non *ex post* per l'applicazione degli artt. 40 e 41 c.p. e della regola del più probabile che non⁶⁴.

Già gli esempi riportati e il lavoro di dottrina e giurisprudenza, per dirla come autorevole dottrina⁶⁵, rendono evidente che, nonostante il legislatore abbia cercato di precisare necessità e funzione del nesso di causalità, nella fattispecie risarcitoria, il discorso sulla causalità rimane non facile e risulta spesso non lineare.

Il problema si complica in considerazione del fatto che oggi, a fronte della crescita delle occasioni di danno, si assiste ad un ampliamento delle frontiere della responsabilità civile, ad un avanzamento dell'uso di tale rimedio esteso verso fattispecie che valorizzando profili più propriamente sanzionatori e deterrenti necessariamente mettono in tensione il nesso di causalità. Quale criterio di lettura e sussunzione del reale è evidente, infatti, che la declinazione teleologica dello stesso non può non risentire delle scelte del sistema che le attribuisce tale ruolo

Danno e resp., 2014, 2, 123 ss. con nota di G. IMPAGNATIELLO; Cass. civ., S.U., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 1, 661; Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corr. giur.*, 2008, 1, 35, con nota di M. BONA ed in *Danno e resp.*, 2008, 1, 43, con nota R. PUCELLA; Cass. 19 maggio 2006, n. 11755, in *Danno e resp.*, 2006, 12, 1238, con nota di L. NOCCO; Cass. civ., 31 maggio 2005, n. 11609, in *Danno e resp.*, 2006, 3, 270, con nota di M. CAPECCHI, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1, 101, con nota di COGGIOLA; Trib. Palmi, 11 febbraio 2006, n. 86, in *Danno e resp.*, 2007, 3, 319, con nota di D. NICOTRA e B. TASSONE; Trib. Venezia, 10 maggio 2004, in *Danno e resp.*, 2005, 4, 426, con nota di F. AGNINO.

⁶⁴ M. CORTESE, Profili della causalità civile e criteri di definizione e liquidazione del danno, in *Danno e resp.*, 2017, II, 148.

⁶⁵ C. CASTRONOVO, *Responsabilità*, cit., 359.

storicamente individuate nella punizione, nella deterrenza e nella compensazione della vittima⁶⁶ e del prevalere dell'una o delle altre.

Sotto questo profilo, la responsabilità per danno ambientale costituisce l'esempio emblematico di quanto di più eterogeneo rispetto al modello della responsabilità civile vi possa essere.

In materia, ferma restando la priorità del ripristino e del principio "chi inquina paga", per come contenuto nella direttiva 2004/35/CE, sulla responsabilità in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, la determinazione del danno può rivelarsi operazione non facile e per questo il legislatore ha espressamente fatto riferimento alla liquidazione in via equitativa, pur indicando alcuni criteri, e tra questi quello della gravità della colpa individuale e quello del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali, che inevitabilmente caricano la responsabilità *ex lege* aquilia di una componente deterrente e sanzionatoria e non semplicemente compensativa.

Non si può poi fare a meno di considerare che, sul piano del diritto interno, è possibile imporre misure di riparazione del danno ambientale, presumendo l'esistenza di un nesso di causalità tra l'inquinamento accertato e le attività del singolo o dei diversi operatori in base alla vicinanza degli impianti e che l'unico legittimato a esercitare l'azione per il risarcimento del danno pubblico ambientale è lo Stato.

Nell'ambito della responsabilità da danno antitrust, la prova del nesso eziologico tra condotta anticompetitiva e conseguenze dannose e, prima ancora, l'individuazione del danno stesso costituiscono per il privato (e *a fortiori* per il consumatore finale) i maggiori ostacoli che si trova a dover superare, lungo la

⁶⁶ M. CORTESE, *Profili*, cit., 143; G. PONZANELLI, *La responsabilità civile, Profili di diritto comparato*, cit., 90 evidenzia che «il nesso di causalità nello sviluppo dinamico attraversato dall'istituto della responsabilità civile soprattutto nell'esperienza nordamericana, si è venuto progressivamente caricando di funzioni e di compiti che, guarda caso, sono gli stessi che dovrebbero essere svolti dalla responsabilità civile considerata *tout court*. Così, ad esempio, i tre elementi che devono ricorrere affinché un valido nesso di causalità possa ritenersi presente (e cioè il livello di probabilità del nesso di causalità che deve essere fornito, il tipo di prova che deve essere offerto e il tipo di danno di cui potrà essere richiesto il risarcimento) sono stati negli ultimi tempi vistosamente reinterpretati da parte delle corti per non vanificare gli obiettivi primari di *compensation* e di *deterrence* ritenuti propri di ogni sistema di responsabilità civile».

strada che porta — almeno tendenzialmente — alla completa riparazione del pregiudizio sofferto.

Infatti è indispensabile che l'analisi giuridica sia supportata dagli strumenti dell'analisi economica richiedendosi indagini complesse anche sulle condizioni del mercato e sulla loro evoluzione diacronica⁶⁷.

Non solo, secondo parte della dottrina la nozione di causalità, tendenzialmente comune a tutti gli ordinamenti europei, accusa, una vera e propria difficoltà di adattamento allorché impiegata nella cornice dell'illecito antitrust e delle conseguenti perdite economiche⁶⁸.

Paradigmatico è il caso dei contratti a valle di intesa restrittiva che mette a nudo tutta la problematicità che le pretese risarcitorie da violazione antitrust presentano.

Le stesse complicazioni si verificano nella fattispecie, certamente diversa, in cui i danneggiati appartengono alla categoria dei consumatori che hanno acquistato da imprese non partecipanti all'accordo, ma che, in virtù dell'illecito incremento di prezzo praticato dagli aderenti all'intesa, hanno potuto fissare a loro volta prezzi più alti di quelli competitivi (c.d. *umbrella customers*).

Nel capitolo seguente si cercherà di delineare l'attuale fisionomia e funzione della responsabilità extracontrattuale per capire se, alla luce dell'evoluzione che ha interessato l'illecito aquiliano, possa darsi una lettura degli elementi strutturali che la caratterizzano compatibile con le esigenze del *private enforcement* e in grado di superare le difficoltà che si pongono in materia.

Affrontato questo delicato profilo d'indagine si passerà poi ad analizzare, per dirla come Libertini, «i problemi abbastanza gravi» che la quantificazione del

⁶⁷ Nell'ambito della nutrita documentazione che accompagnava il Libro bianco dedicato nel 2008 a questa tematica, non si mancava di porre in evidenza che quanti si trovano «at the end of the distribution chain [...] face particular difficulties in identifying and proving the harm they suffered (quantum and causal link) and perceive the uncertainties, risks and costs of an action as disproportionate to potential benefits» (V. quanto riportato al par. 40 del documento di lavoro dei servizi della commissione denominato «Impact Assessment» [SEC(2008) 405 del 2 aprile 2008]).

⁶⁸ E. CAMILLERI, *La tutela del contraente "a valle" di intesa illecita tra giurisprudenza comunitaria e diritto interno*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, 43.

danno risarcibile pone⁶⁹ visto che, peraltro, l'esperienza delle corti civili in questo campo è ancora agli inizi.

⁶⁹ M Libertini, *Il ruolo del giudice*, cit., 674.

CAPITOLO IV

IL PROBLEMA DELLA CAUSALITA' NELL'ILLECITO ANTITRUST

1 Considerazioni introduttive

Come già osservato, il legislatore della direttiva si occupa solo *incidenter tantum* del delicatissimo problema del legame causale tra l'illecito anticoncorrenziale e le conseguenze pregiudizievoli sofferte da coloro che si assumono danneggiati, rimettendo ai legislatori degli stati membri la scelta se rinviare ai modelli di illecito tradizionalmente regolati oppure dettare regole specifiche al riguardo – sempre però rivolte a consentire al danneggiato un risarcimento pieno e nel rispetto dei principi di efficacia e di equivalenza.

In particolare il considerando n. 11 della direttiva, riconosce il diritto al risarcimento del danno subito a seguito del contegno anticoncorrenziale «ove sussista un nesso di causalità tra tale danno e una violazione del diritto alla concorrenza» e l'art. 17, in materia di quantificazione del danno, prevede, con riferimento alla prova del nesso causale, una presunzione di danno nel caso di cartello. Di riflesso, sul versante interno, l'art. 14 nulla aggiunge alla previsione del citato art. 17, se non il richiamo, ai fini precipui della determinazione del danno risarcibile, all'art. 1223 del c.c.

Già il Libro Bianco del 2008 si limitava ad un semplice accenno al nesso causale esclusivamente nella parte dedicata al *passing-on*¹, mentre il Documento di Lavoro della Commissione² pur contenendo vari riferimenti alla causalità, non forniva indicazioni aggiuntive.

¹ Cfr. Libro Bianco, cit., punto 2.6.

² Cfr. Commissione Europea, Staff Working Paper Accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, SEC. (2008) 404, 2 aprile 2008.

Per ricostruire i connotati che tale elemento assume nell'ambito dei giudizi per risarcimento del danno antitrust risulta, pertanto, fruttuoso prendere in considerazione la giurisprudenza della Corte di Giustizia, perché è probabile che quest'ultima continui a seguire i propri orientamenti, sia sotto il profilo delle sanzioni irrogate per la commissione di illeciti antitrust in ambito sovranazionale, sia per verificare la rispondenza delle regole nazionali a quelle comunitarie.

In pari tempo si rileva necessaria un'analisi della giurisprudenza degli Stati membri e soprattutto italiana per cercare di rinvenire coordinate utili per muoversi in questo percorso accidentato e scongiurare il rischio di un ennesimo fallimento del tentativo di incentivare il ricorso al *private enforcement* delle norme antitrust, dato che come rilevato in dottrina, il nesso di causalità, se non adeguatamente maneggiato, rischia di diventare l'anello debole, il punto di caduta dell'intera costruzione³.

2 L'orientamento della Corte di giustizia

Al fine di delineare la portata del nesso causale tra violazione e danno per come concepito nella giurisprudenza comunitaria si possono richiamare i casi: *Courage*, *Manfredi* e *Kone*.

Come già ampiamente rilevato, con la sentenza *Courage* del 2001 la Corte ha riconosciuto a chiunque il diritto di chiedere il risarcimento dei danni derivanti da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza in violazione delle norme antitrust.

Questo orientamento è stato successivamente consolidato nel caso *Manfredi*, in cui la Corte di Giustizia si è pronunciata in via pregiudiziale sul rinvio da parte del Giudice di Pace di Bitonto adito in una controversia originata dalle vicende di una intesa restrittiva della concorrenza nel settore assicurativo.

³ In tal senso G. ALPA, *Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Contr. impr.*, 2015, 6, 1247, rileva che: gli effetti della direttiva possono essere nocivi se non si riesce a definire esattamente il significato del nesso causale in tutte le situazioni in cui si può verificare l'illecito.

La Corte, sulla base dei principi di equivalenza e di effettività del diritto comunitario, ha risolto alcune specifiche questioni relative alle azioni giudiziali fondate su una violazione delle regole comunitarie di concorrenza quali la legittimazione ad agire, il nesso di causalità, il computo del termine di prescrizione delle azioni, nonché le voci del danno risarcibile.

Con particolare riferimento allo specifico requisito del nesso causale, dopo aver sancito che il singolo è legittimato a far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata dall'art. 81 CE e, ove sussista un nesso di causalità tra quest'ultima e il danno subito, a chiedere il risarcimento del detto danno, si è preoccupata di stabilire che in assenza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico di ciascun Stato membro fissare le modalità di esercizio del diritto al risarcimento del danno, comprese quelle relative all'applicazione della nozione di nesso di causalità.

A differenza che nella *Courage*, la Corte ha, dunque, precisato che il privato può chiedere il risarcimento del danno solo quando esista un nesso di causalità fra violazione della disciplina antitrust e danno subito⁴.

Con ciò si è posta sulla scia delineata con la pronuncia *Brasserie du Pêcheur* (CEG, C-46/93 e C-48/93, 5 marzo 1996), ove ha espressamente vincolato la risarcibilità del danno in capo ai singoli cittadini alla condizione che ricorrano la violazione sufficientemente grave di una norma comunitaria attributiva di diritti e «un nesso causale diretto tra tale violazione e il danno subito dai singoli» (punto 2 della massima).

Nel caso *Kone l' Oberster Gerichtshof* facendo applicazione dei propri principi civilistici in materia di illecito aquiliano ha ritenuto la linea causale interrotta dalla decisione autonomamente adottata dell'impresa esterna all'accordo di cartello.

La Corte di Lussemburgo chiamata a pronunciarsi in merito a seguito del rinvio pregiudiziale operato dal giudice austriaco, prendendo le mosse soprattutto

⁴ Corte di Giustizia, 13 luglio 2006, cause da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi e a. v. Iloyd Adriatico Assicurazioni SpA e a.*, in *Racc.*, 2006, I-6619, punto 61.

dalla sentenza Manfredi, pur rinunciando all'ambizioso obiettivo di elaborare un principio generale di causalità, contrariamente a quanto sostenuto dal giudice remittente, ha approfittato del rinvio pregiudiziale per ampliare ulteriormente le maglie del risarcimento per danno da illecito concorrenziale. Essa ha affermato che, da un lato, il nesso eziologico non può considerarsi interrotto in seguito ad una decisione *ad nutum* del soggetto non aderente poiché egli ha determinato il prezzo di vendita sulla base del prezzo di mercato alterato dal cartello, e dall'altro, che tale evenienza rientra fra i possibili effetti dell'intesa, che gli aderenti non possono ignorare (par. 30).

Sul punto, la Corte ha sottolineato come «ancorché la determinazione del prezzo offerto sia considerata quale decisione puramente autonoma, adottata dall'impresa non aderente all'intesa, si deve tuttavia rilevare che tale decisione ha potuto essere presa con riferimento ad un prezzo di mercato falsato dall'intesa» (par. 29), volendo con ciò intendere che la condotta dell'impresa terza sia stata indotta prevalentemente dalle condizioni del mercato createsi a seguito dell'intesa.

Conseguentemente, ha concluso che la vittima di un prezzo ombrello «può ottenere il risarcimento del danno subito ad opera degli aderenti ad un'intesa, ancorché non abbia intrattenuto vincoli contrattuali con loro, laddove risulti accertato che, alla luce delle circostanze di specie e, segnatamente, delle peculiarità del mercato interessato, detta intesa fosse tale da poter incidere sull'applicazione di un prezzo di protezione da terzi agenti autonomamente e che tali circostanze e peculiarità non potessero essere ignorate dai membri dell'intesa medesima. Spetta al giudice del rinvio verificare la sussistenza di tali condizioni».

Per comprendere l'effettiva portata di tale inciso, appaiono di grande interesse le conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott, che spostando il tema della rilevanza dei prezzi guida da un piano strettamente teorico-dottrinario ad un piano pratico-probatorio, ha riconosciuto che l'effetto dei prezzi guida non può essere né escluso, né ammesso a priori, si tratta di verificare se, nel singolo caso di specie, l'intesa abbia prodotto l'effetto di protezione sotto il profilo dei prezzi.

A prescindere dagli approdi cui è pervenuta la corte, non si può comunque non rilevare quanto in casi del genere risulti problematico perimetrare l'esatta portata del nesso causale.

A riprova di ciò, basti considerare che non solo in ambito europeo, ma anche nel sistema statunitense, certamente più rodato in materia, in mancanza di un chiarimento da parte della Corte suprema degli Stati Uniti la giurisprudenza non è uniforme con riguardo alle cosiddette «umbrella claims»⁵.

3 L'orientamento della giurisprudenza nazionale

Anche a livello nazionale la giurisprudenza è unanime nel riconoscere che l'esistenza e la prova del nesso di causalità costituiscono elemento imprescindibile ai fini della richiesta risarcitoria⁶.

Nel Regno Unito, l'attore che voglia ottenere il risarcimento del danno deve provare di essere in una situazione peggiore rispetto a quella in cui si sarebbe trovato in assenza dell'illecito. Tuttavia, dal momento che la maggior parte delle azioni si risolve tramite transazioni non vi è una giurisprudenza corposa in materia di prova del nesso di causalità.

I giudici spagnoli, considerata la quasi infinità degli elementi suscettibili di costituire la causa indiretta di un determinato evento, richiedono all'attore di dimostrare l'esistenza di un nesso di causalità «adeguato» tra la condotta illecita ed il danno che egli assume di aver subito.

Anche in Germania, Francia e Paesi Bassi l'attore ha l'onere di provare l'esistenza del legame eziologico tra la condotta illecita ed il danno che sostiene di aver subito. Lo standard di prova richiesto è quello tipico delle azioni di risarcimento.

⁵ A favore di una responsabilità depongono: United States Court of Appeals (Seventh Circuit), *United States Gypsum Co. v. Indiana Gas Co.*, 350 F.3d 623, 627 (2003); United States Court of Appeals (Fifth Circuit), *In re Beef Industry Antitrust Litigation*, 600 F.2d 1148, 1166 (1979). Contro una siffatta responsabilità depongono invece, *inter alia*: United States Court of Appeals (Third Circuit), *Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group Inc.*, 596 F.2d 573, 597 (1979); United States District Court (District of Columbia), *Federal Trade Commission v. Mylan Laboratories*, 62 F.Supp.2d 25, 39 (1999).

⁶ Cass., Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, 1097 ss. con nota di R. Pardolesi.

In Italia, l'elaborazione giurisprudenziale sul nesso causale nel *private enforcement* del diritto antitrust si è sino ad oggi evoluta in riferimento a danni lamentati da acquirenti diretti, specie sulla scorta del filone di controversie attivate da sottoscrittori di assicurazioni r.c. auto contratte a valle del noto cartello accertato dall'A.G.C.M. tra le imprese operanti nel settore⁷.

A partire dalla nota sentenza n. 2305/2007, la Cassazione valorizzando l'inscindibilità, teorizzata in precedenza, fra intesa-madre, causa "remota", e singolo contratto attuativo, che porta a compimento il disegno anticoncorrenziale, ha ritenuto che il contratto a valle, in quanto «costituisce lo sbocco della intesa, essenziale a realizzarne gli effetti», non spezza il nesso causale tra il danno e l'intesa che lo ha cagionato. E in punto di prova ha riconosciuto che una volta che l'assicurato abbia assolto all'onere di allegare la polizza assicurativa contratta (quale condotta finale del preteso danneggiante) e l'accertamento, in sede amministrativa, dell'intesa anticoncorrenziale (quale condotta preparatoria), il giudice può desumere l'esistenza del nesso causale tra l'intesa e il danno «attraverso criteri di alta probabilità logica o per il tramite di presunzioni probabilistiche che si fondino su un rapporto di conseguenza costante fra antecedente e dato consequenziale»⁸.

Nella medesima pronuncia, la Corte ha tuttavia chiarito che il giudicante non può omettere di valutare tutti gli elementi di prova offerti dal convenuto «per contrastare le presunzioni, o per dimostrare che la sequenza causale percorsa risulta spezzata da uno o più fatti diversi che da soli sono stati idonei a procurare il danno, oppure, ancora, per accertare che quei fatti, insieme con l'intesa illecita, abbiano assunto il carattere di equivalenti (e, dunque, concorrenti) causali nella produzione del danno»⁹.

⁷ A.G.C.M., provvedimento 28 luglio 2000, n. 8546 (I377), RC Auto, in Boll. n. 30/2000.

⁸ Cfr. Cassazione civile, 2 febbraio 2007, n. 2305, p. 3.2 e da ultimo Cass. 28 maggio 2014, n. 11904, in *Foro it.*, 2014, I, 1735, con nota di R. PARDOLESI, *Danno antitrust e (svuotamento dell') onere probatorio a carico del consumatore*.

⁹ *Ibidem*, p. 4.1. A simili conclusioni pervengono con riferimento all'antitrust americano R.E. HALL, V.A. LAZEAR, *Reference Guide on Estimation of Economic Losses in Damages Awards*, in *Federal Judicial Center, Reference Manual on Scientific Evidence*, 2nd ed., 2000, 323 ritenendo che: «The plaintiff might take the increase in price from the benchmark period to the affected period as a measure of the price elevation caused by the misconduct. The defendant may argue that the misconduct is not the only difference

Si è così riconosciuta a favore del consumatore l'applicabilità di una presunzione relativa, ex art. 2727 c.c., modificando quindi il tradizionale riparto dell'onere probatorio, con conseguente inversione del rischio della mancata prova, in quanto qualora la prova contraria non dovesse essere raggiunta dal convenuto, l'esito della decisione sarà necessariamente ad esso sfavorevole¹⁰.

Da un punto di vista teorico ciò non è che il precipitato della distinzione nell'ambito del giudizio di responsabilità tra l'evento – naturalisticamente legato ad una condotta, attiva od omissiva – e le sue conseguenze in punto di obbligazione risarcitoria. In ambito antitrust, questa distinzione, infatti, finisce col correre parallela a quella che c'è tra l'illecito anticoncorrenziale, concepito quale fattispecie sanzionabile attraverso i meccanismi del *public enforcement*, e le sue ricadute nei rapporti interprivati, cui il sistema di *private enforcement* può esser chiamato a dare tutela in ossequio al quadro normativo delineato dagli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c.¹¹.

Successivamente, per rafforzare il valore probatorio del provvedimento dell'Agcm, non più circoscritto all'accertamento dell'intesa, ma in pratica esteso a tutte le valutazioni e gli accertamenti in esso contenuti, il Supremo collegio a partire dai primi mesi del 2011, con una «serie» di sentenze successive ha, però, affermato che il convenuto «non può richiamare circostanze che sono già state oggetto di accertamento, nel procedimento sanzionatorio, da parte dell'AGCM, né sono ammissibili prove generiche, riferite alla situazione generale del mercato assicurativo; infatti, la prova dell'insussistenza del nesso causale deve riguardare situazioni specifiche, attinenti alla singola impresa assicuratrice, al singolo assicurato, alla singola polizza, tali da dimostrare che l'aumento del premio sia

between the periods - prices rose, for example, because of cost increases or rising demand and not just because of a conspiracy or other misconduct».

¹⁰ F. DI PEIO, *L'azione di risarcimento dei danni ex art. 33, comma 2, l. N. 287/1990: l'onere probatorio sussistente in capo al consumatore in presenza di intesa restrittiva della concorrenza accertata dall'agcm*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 4, 1225.

¹¹ In tal senso F. MEZZANOTTE, *Il trasferimento del sovrapprezzo Anticoncorrenziale*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2018, 1, 239 ss.

riferibile a circostanze concrete e non, invece, all'intesa illecita posta in essere dalle compagnie»¹².

Di recente, tuttavia, in una delle prime pronunce su azioni *follow-on* facenti seguito all'intesa anticoncorrenziale rilevata dall'A.G.C.M. nel settore farmaceutico tra le imprese *Novartis AG* e *Hoffmann-La Roche Ltd.* e fondata su un'azione intentata non già da un soggetto direttamente leso da una condotta anticoncorrenziale, quanto invece da un consumatore sul quale il sovrapprezzo è stato trasferito, il Tribunale di Torino in merito all'onere della prova del nesso causale rilevante in un caso di *passing-on* offensivo si è discostato dagli indirizzi affermatasi in relazione al danno patito da acquirenti diretti. Infatti, ha ritenuto non soddisfatto il *thema probandum* da parte dell'attore che ha fondato la propria azione esclusivamente sull'accertamento amministrativo del cartello intercorso tra Roche e Novartis e sulla prova dell'avvenuto acquisto di un bene o servizio in un mercato alterato da una condotta anticompetitiva ¹³.

Si deve però considerare come la decisione da ultimo richiamata non può essere vista come un ritorno ad una piana applicazione dell'ordinario canone di cui all'art. 2697, comma 1, c.c. dato che in casi di traslazione del sovrapprezzo la diversa distribuzione dell'onere della prova sul nesso causale può essere ricondotta alla circostanza che nella catena degli eventi l'illecito antitrust si colloca in posizione più remota rispetto al danno, riducendosi, conseguentemente, anche il peso del relativo accertamento compiuto in sede amministrativa.

E d'altronde le conclusioni così raggiunte in sentenza, sebbene apparentemente in linea con i principi che attualmente informano il nostro ordinamento, devono, misurarsi, (devono essere coordinate con) con le norme che nella Dir. 2014/104/UE e nel decreto di recepimento riconoscono e disciplinano il

¹² Cass., sez. III, 10 maggio 2011, n. 10211, in Foro it., 2011, 10, I, p. 2675. In senso conforme Cass., sez. III, 20 giugno 2011, n. 13486, in Foro it., 2011, 10, I, p. 2674; Cass., sez. III, 18 agosto 2011, n. 17362, in Giust. civ. Mass., 2011, 7-8, p. 1175; Cass., sez. III, 22 settembre 2011, n. 19262, in Resp. civ. e prev., 2012, 3, p. 857; Cass., sez. III, 9 maggio 2012, n. 7039, in Giust. civ. Mass., 2012, 5, p. 577; Cass. civ. n. 12551/2013.

¹³ V. *passim* F. MEZZANOTTE, *Sul private enforcement del diritto antitrust (in vista del recepimento della Dir. 2014/104/UE)*, in *Contr.*, 2015, 12, 1119.

regime del *passing-on*, sia difensivo che offensivo¹⁴ e che stabiliscono una presunzione relativa di avvenuta traslazione del prezzo in danno dell'acquirente indiretto non appena quest'ultimo riesca a dimostrare che: «(a) il convenuto ha commesso una violazione del diritto della concorrenza; (b) la violazione del diritto della concorrenza ha determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto del convenuto; e (c) l'acquirente indiretto ha acquistato beni o servizi oggetto della violazione del diritto della concorrenza o ha acquistato beni o servizi che derivano dagli stessi o che li incorporano».

4 Gli approdi della dottrina

La dottrina, non solo italiana, si è cimentata col problema del nesso causale nell'azione di danno antitrust¹⁵.

In primo luogo, essa ha evidenziato criticamente che gli approdi circa il valore del provvedimento dell'autorità garante cui specie a partire dal 2011 è pervenuta la giurisprudenza hanno finito col paralizzare la possibilità per l'impresa convenuta di esercitare il diritto di difesa rendendo pressoché nulle per quest'ultima le *chances* di sovvertire l'esito di un giudizio ineluttabilmente destinato alla condanna sulla sola base del contenuto della delibera dell'Agcm¹⁶; e ciò con conseguenze che, anche in ipotesi non remote a verificarsi, rischiano di assumere contorni particolarmente problematici¹⁷.

¹⁴ *Ibidem* il quale in prospettiva futura rileva come simile soluzione «entra in conflitto con le norme che nella Dir. 2014/104/UE riconoscono e disciplinano il regime del *passing-on*, sia difensivo che offensivo».

¹⁵ Che ci si trovi al cospetto di una sfida complessa è percepito anche al di là dell'Atlantico da R.E. HALL, V.A. LAZEAR, *Reference Guide on Estimation of Economic Losses in Damages Awards*, cit., 323, che discorrendo di antitrust damages, etichettano come «particular challenge» la dimostrazione del «causal link between the misconduct and the measured damages».

¹⁶ In tal senso, A. PALMIERI, *L'illecito antitrust e l'aggravamento della prova del nesso causale: ovvero come si rischia di trasformare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in giudice della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2011, parte I, 2689; e v. anche A. FRIGNANI, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2013, 3, 445 s.; L. VASQUES, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Costituzione lo consente?*, in *Merc. Conc. Reg.*, 3, 449 ss.

¹⁷ V. sul punto R. PARDOLESI, *Danno antitrust e (svuotamento dell') onere probatorio a carico del consumatore*, in *Foro it.*, 2014, I, 1737, il quale, commentando la sentenza di Cass. 28 maggio 2014, n. 11904, cit. (e anche richiamando quanto già sostenuto da L. VASQUES, *La difesa*, cit., 449 ss.), criticamente si chiede: «quid iuris se, per esempio, non è dato riscontrare un aumento [del prezzo], perché, mettiamo, il contratto è stato stipulato quando il cartello stava già sviluppando i suoi effetti deteriori? A tutto concedere,

Oltre le perplessità legate alla sostanziale inversione dell'onere probatorio, una vivace discussione, si è registrata in merito al problema del risarcimento del danno in caso di contratti a valle e *umbrella prices* con riferimento al profilo della causalità.

Si è evidenziato che ogniqualvolta la propagazione del danno da violazione antitrust passi attraverso un singolo contratto o, addirittura, una serie di contratti, si registra una cesura del nesso causale, intercorrente tra condotta vietata (a monte) e danno (per lo più da sovrapprezzo) patito dai terzi acquirenti a valle chiamati ad esempio a pagare un prezzo sovracompetitivo, o costretti a sopportare condizioni contrattuali deteriori rispetto a quelle che avrebbero potuto spuntare altrimenti, essendo questo fatto giuridico dotato di autonomia rispetto all'intesa vietata "a monte" e perciò sufficiente a interrompere il nesso di causalità¹⁸.

E, secondo quest'impostazione, le conclusioni non sono destinate a mutare alla luce delle nuove presunzioni introdotte dalla direttiva e dal decreto di recepimento. Si rileva, infatti, che una volta appurata la sussistenza ad esempio di un cartello di prezzo, anche a voler avallare la recente giurisprudenza di legittimità che intende il danno al mercato come sommatoria del danno ai singoli consumatori, presunto in forza dell'art. 14, comma 1°, d.lgs. n. 3/17 un pregiudizio generale al mercato, consistente nel rialzo dei prezzi praticati dalle imprese cartelliste e provato financo (o parimenti presunto, sempre in forza della norma citata) un pregiudizio al singolo acquirente a valle resta da dimostrare che questo danno sia riconducibile all'intesa a monte e non ad altre circostanze quali ad esempio un rapporto di forza sperequato tra quelle parti in un determinato conteso di mercato¹⁹.

la prova dell'aumento, o della mancata diminuzione del premio di polizza, è "scivolosa e complessa": quasi un eufemismo, per confessare che ci si accontenta di molto meno di quanto sarebbe richiesto dal rispetto delle regole: appunto il risultato che l'odierna pronuncia avalla risolutamente. Basterà un "più probabile che non" a spianare ogni smagliatura?».

¹⁸ E. CAMILLERI, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2008, *passim*. Nello stesso senso M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità*, cit., 61 ss che, intuendo il *discessus* verso forme di compensazione che valorizzano un nesso di causa labile ed incentrato su un rischio generico, verosimilmente tale da integrare appieno i requisiti della *remoteness*, si mostra critico dei principi affermati dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Courage* e *Manfredi*.

¹⁹ Cfr. E. CAMILLERI, *Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1, 152.

Queste stesse valutazioni, *a fortiori*, sono state addotte a critica delle conclusioni cui, come detto sopra, è pervenuta recentemente la Corte di Giustizia con l'*arrêt Kone* nel caso di *umbrella prices*. E' stato infatti sottolineato come sia difficile dubitare che l'allineamento del prezzo di vendita da parte dei non cartellisti a quello praticato dai concorrenti debba riconnettersi pur sempre a «una vicenda negoziale a sé, come il contratto tra imprese opportuniste, estranee alla cospirazione cartellistica, e loro controparti contrattuali; un contratto, questo, che appare altro dalla condotta vietata, remoto rispetto ad essa e comunque scaturigine di susseguenti ed autonome determinazioni negoziali, non certo prevedibili da parte delle imprese violatrici»²⁰. In un mercato concorrenziale, d'altronde, la determinazione del prezzo è frutto del concorrere di vari fattori che potrebbero addirittura portare ad una riduzione dello stesso da parte dell'impresa non collusa, ove ciò non ne comporti la fuoriuscita dal mercato perciò, a ben guardare, mancherebbe persino la necessaria causalità materiale intesa come *condicio sine qua non dell'evento*²¹.

Si è segnalato che, in questi casi riconoscere il risarcimento del danno vorrebbe dire ampliare il compasso della causalità assecondando logiche punitive rischiando, così, nei fatti di rendere lettera morta il mantenimento della competenza in materia di disciplina della responsabilità civile in capo ai sistemi nazionali, più volte ribadito dalla stessa Corte, e per il quale ora, peraltro, ha optato il legislatore dell'unione.

Viceversa, altra parte della dottrina ha ritenuto tale tesi inaccettabile alla luce dell'approdo abbastanza condiviso che ritiene passibili di risarcibilità anche quei danni che pur non essendo materialmente conseguenze dirette ed immediate della condotta illecita, ne costituiscano tuttavia un conseguenza normale o regolare²².

²⁰ *Ibidem*.

²¹ C. MATRANGA, *Illecito antitrust e nesso di causalità: l'allocazione del danno da maggiorazione del prezzo applicato da un'impresa estranea all'intesa vietata. "Umbrella Effects" nel caso "Kone"*, in *Dir. civ. cont.*, 11 marzo 2015.

²² L. CASTELLI, *La causalità giuridica nel campo degli illeciti anticoncorrenziali*, in *Danno e resp.*, 2013, 11, 1051.

In particolare, muovendo dall'assunto secondo cui la normativa antitrust persegue l'obiettivo di tutelare l'interesse dei consumatori alla libera esplicazione delle proprie scelte contrattuali in un regime di concorrenza effettiva e non apparente ovvero quello delle imprese alla propria posizione concorrenziale sul mercato (artt. 2 e 41 Cost.; l. n. 287/1990), ha fatto applicazione del paradigma causale dello scopo della norma violata, al fine di giustificare le conclusioni cui è pervenuta nel tempo la giurisprudenza²³.

In questa prospettiva ha così affermato che, se la finalità della disciplina antitrust è quella di evitare distorsioni nella concorrenza, il riconoscimento di una responsabilità in capo ai partecipanti all'intesa, anche nel caso in cui si sia inserito l'evento volontario di un imprenditore estraneo alla stessa oppure il contratto, si giustifica sulla base del legame causale tra il danno subito dalla vittima e i rischi creati con la formazione di un cartello.

Ciò in base alla considerazione che: *i)* in assenza della condotta anticoncorrenziale – primo fatto illecito – non si può ritenere che l'acquirente sarebbe stato egualmente esposto al rischio di vedersi aumentare il prezzo dal proprio venditore; *ii)* il danno può dirsi proprio realizzazione di quel rischio che la norma che vieta i cartelli mira ad evitare, ovvero la lesione al carattere competitivo del mercato; *iii)* l'aumento dei prezzi non può dirsi conseguenza anormale dell'illecito, essendo al contrario un evento assolutamente prevedibile²⁴.

E addirittura, con riferimento al caso di prezzi ombrello si è ritenuto²⁵ che il venditore che aumenta il prezzo sulla scia del cartello potrebbe essere all'oscuro

²³ Lo stesso Libro Bianco della Commissione europea in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie del 2008 tratta i problemi della identificazione del danno risarcibile e di calcolo del *quantum* di risarcimento partendo dalla considerazione della «scope of liability for infringement of antitrust rules».

²⁴ Si esprime in favore di questa soluzione M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2014, (nt. 42), 487-488, il quale spiega (nota 67) che «il fatto che la traslazione del danno su soggetti diversi, in attuazione del programma illecito, possa avvenire mediante contratti o mediante comportamenti di fatto [...] è, per ciò che riguarda il nesso di causalità, irrilevante, se ed in quanto la traslazione del danno rientri tra gli esiti normali del programma di azione vietato dalle norme antitrust. La continuità del nesso causale è data dal fatto che certe condizioni economiche siano programmate dal cartello o dal monopolista e siano poi propagate negli scambi successivi in attuazione del programma illecito». In tal senso anche C. LOMBARDI, *E piovve anche sotto l'ombrello: umbrella effects e nesso di causalità in ambito antitrust secondo la Corte di giustizia*, in *Danno resp.*, 2014, 7, 710; L. CASTELLI, *La causalità giuridica nel campo degli illeciti anticoncorrenziali*, in cit., 1050 ss.

²⁵ C. LOMBARDI, *E piovve*, cit., 715.

dell'intesa illecita che ha comportato l'innalzamento dei prezzi ed essere indotto a tale decisione da prevedibili strategie di adeguata amministrazione aziendale che portano a fissare il prezzo di beni e prodotti tenendo come *benchmark* quello di mercato.

Pertanto, non essendo qualificata da colpa o dolo la condotta di quest'ultimo non sarebbe idonea ad integrare gli estremi del fatto illecito del terzo capace di assurgere a concausa del danno, con conseguente superfluità del ricorso al test elaborato da Forchielli (il quale richiede la colpa)²⁶ e Trimarchi (che limita l'applicabilità della norma alla verifica del dolo)²⁷ per accertare la regolarità del nesso causale.

5 La tradizionale funzione della responsabilità civile e il ruolo del nesso causale

Il tentativo di illustrare la o le funzioni che la responsabilità civile è chiamata ad assolvere nell'ordinamento si rivela particolarmente arduo specie se ci si vuole limitare a farlo per salti. Quest'ultima ha, infatti, molte funzioni²⁸ nessuna delle quali isolatamente considerata è in grado di spiegare la struttura dell'illecito civile e le sue manifestazioni²⁹.

Tradizionalmente tre sono gli obiettivi che si ascrivono al rimedio aquiliano: *compensation, deterrence e punishment*.

²⁶ P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Cedam, Padova, 1960, 57.

²⁷ P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1966, 116, nt. 99.

²⁸ P. STANZIONE, *Trattato della responsabilità civile*, vol. II, Cedam, Padova, 2012, 4 ss.; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, 699; P. TRIMARCHI, *Illecito civile*, in *Enc. dir.*, XX, Giuffrè, Milano, 1970 108, secondo cui la responsabilità civile ha sia la funzione di reintegrare il patrimonio sia quella di sanzionare e di scoraggiare gli atti illeciti. *Contra* proprio in materia di rimedi antitrust v. M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità e «private enforcement» della disciplina antitrust*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M.R. Maugeri - A. Zoppini, Il Mulino, Bologna, 2009, 65 ss, il quale invece rileva che «l'attribuzione alla responsabilità di una funzione compensativa esclude [...] che ad essa si possano imputare funzioni diverse di eguale valore e portata».

²⁹ P. STANZIONE, *Trattato della responsabilità civile*, vol. II, Cedam, Padova, 2012, 159 ss.; G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 1996, 9 ss.; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 699.

La prima funzione è la più immediata. Essa mira alla reintegrazione della vittima, a fronte del pregiudizio subito in conseguenza dell'illecito. In quest'ottica il risultato ottimale si raggiunge solamente se il risarcimento è perfetto e, dunque, confrontando la situazione del danneggiato prima dell'illecito e dopo la riparazione diviene per questi indifferente l'eventualità di subire un pregiudizio³⁰ vista l'assenza di fenomeni di *undercompensation* o *overcompensation*.

La funzione preventiva, cui come conseguenza dell'egemonia riconosciuta all'obiettivo della piena compensazione, è stata relegata a svolgere un ruolo marginale e ancillare, viceversa, si pone l'obiettivo di intervenire prima che i danni si verifichino allo scopo di impedire che si producano o almeno ridurre il numero. E' noto infatti il risarcimento elimina il danno dal punto di vista (soggettivo) della vittima, ma non lo elimina dal punto di vista (oggettivo) della società nel suo insieme, che continua a soffrire per la risorsa distrutta. Da qui l'esigenza avvertita in dottrina di «rafforzare adeguatamente la funzione preventiva o deterrente della responsabilità civile»³¹.

Ed è in quest'ottica che viene in rilievo un'altra delle funzioni della responsabilità civile sopra menzionate: quella punitiva. Essa, come la precedente e a differenza della funzione compensativa, concentra l'attenzione sul piano del soggetto danneggiante in quanto si pone l'obiettivo di sanzionare il responsabile per un suo comportamento riprovevole anche in un'ottica deterrente.

Queste tre funzioni a seconda del diverso sentire storico, sono state ora l'una ora l'altra maggiormente in auge³². Per di più, nello sviluppo storico della responsabilità civile è prevalsa, almeno fino ad un certo punto, la funzione punitiva-deterrente, mentre solo in un secondo momento, nelle principali esperienze europee, nettamente prevalente è divenuta la funzione riparatoria.

³⁰ In tal senso P.G. MONATERI, voce *Responsabilità civile*, in *Digesto, disc. priv.*, Utet, Torino, 1998, 9.

³¹ P. SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa* in *Riv. dir. civ., Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista. Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Treviso, 23-24-25 marzo 2006, Padova, 2006, 537; G. PONZANELLI, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi. Un ritorno alla deterrenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 6, 293 ss.

³² G. ALPA – M. BESSONE – V. ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, Utet, Torino, 1995, 26 ss.;

In particolare, quest'ultima è andata emergendo nel corso di un lungo processo, i cui prodromi risalgono al secolo di Hugo Grotius e Jean Domat, che ha portato il rimedio aquiliano ad affrancarsi dal diritto penale e a conquistare una completa autonomia nell'ambito della disciplina generale delle obbligazioni e dei contratti³³. E col tempo, ha finito con l'assurgere al ruolo di elemento identitario della responsabilità civile, vero cuore del sistema, come confermato dal fatto che, stando a quanto evidenziato in dottrina in un recente scritto³⁴, «le banche dati del Foro italiano segnalano che, nell'ultimo ventennio, il sintagma “integrale risarcimento” (o uno dei suoi equivalenti “risarcimento integrale”, “riparazione integrale” e “integrale riparazione”) compare in oltre centotrenta pronunce di legittimità».

La Direttiva Danni, con un approccio *mainstream*, esclude categoricamente la possibilità che il risarcimento possa condurre «ad una sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura»³⁵. Di riflesso lo stesso fa la normativa interna di recepimento.

Per scongiurare il rischio sia di sottocompensazione, che di sovracompensazione diviene fondamentale procedere ad un accertamento rigoroso del nesso causale al fine di circoscrivere il risarcimento alle sole conseguenze dannose provocate dall'illecito. Senonché, anche a voler tacere sulle difficoltà segnalate dalla dottrina in punto di ricostruzione della causalità in alcune fattispecie (v. *supra* 4), in caso di illecito antitrust, parlare di risarcimento in termini di ripristino di una situazione effettiva, che non si sarebbe verificata qualora la violazione della concorrenza non avesse avuto luogo, significa formulare «un'equazione con molte incognite», perché nessuno è in grado di sapere esattamente cosa sarebbe avvenuto, all'interno di un'economia di mercato, se l'illecito non ci fosse stato³⁶. E' chiaro, pertanto, che, in situazioni del genere, la

³³ La posizione emerge da numerosi scritti dell'insigne giurista francese: v., ad es., per un'efficace sintesi, A. TUNC, A Codified Law of Tort - The French Experience, in *La. L. Rev.*, 1979, 4, 1054-5.

³⁴ A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, I, col. 2630.

³⁵ Così, l'articolo 3, paragrafo 3.

³⁶ Cfr. Direttiva, considerando 45 e 46 («È opportuno tenere conto di ogni asimmetria informativa fra le parti e del fatto che quantificare il danno significa valutare quale sarebbe stato l'andamento del mercato in

somma liquidata a titolo di risarcimento non potrà mai essere perfettamente “congrua”.

6 Le presunzioni di danno da cartello e *passing-on* offensivo e la prova del nesso causale

Muovendo dalla considerazione che l'imputazione dell'atto dannoso e la formulazione del relativo giudizio di responsabilità necessitano di un accertamento rigoroso del nesso causale, che pone questioni difficilmente risolvibili utilizzando i parametri rimediali civili³⁷ il legislatore comunitario ha introdotto un sistema di presunzioni volto a rendere meno impervio l'assolvimento da parte dell'attore dell'onere probatorio che ordinariamente gli è imposto.

Le norme in parola infatti costruite come presunzioni legali relative, in realtà danno vita a delle “presunzioni improprie”, assurgendo al rango di vera regola di riparto dell'onere probatorio³⁸.

Il primo incentivo che sotto questo profilo viene riconosciuto al danneggiato è rappresentato da quanto previsto dall'art. 17 della direttiva, secondo cui, allo scopo appunto di non rendere troppo difficoltoso l'esercizio dell'azione risarcitoria, nel caso di un cartello si presume che esso abbia causato un pregiudizio, per esempio sotto forma di aumento dei prezzi.

Si tratta di una presunzione relativa che aveva già trovato dignità per via giurisprudenziale, la cui giustificazione può essere individuata nel fatto che è

questione in assenza della violazione. Tale valutazione implica un confronto con una situazione per definizione ipotetica che non potrà mai, quindi, essere totalmente esatta»). In questo senso M. LIBERTINI, *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari*, in *Conc. merc.*, 2014, 271.

³⁷ M. COLANGELO, *Le evoluzioni del private enforcement: da Courage al libro bianco*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 3, 659.

³⁸ Sulla distinzione tra le due ipotesi cfr. S. PATTI, *Prove, Artt. 2697-2739*, in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di G. DE NOVA, Zanichelli, Bologna, 2015, 149 e ss., il quale precisa che «una parte della dottrina parla in tal senso di presunzioni improprie o di verità interinali tra le quali rientra, ad esempio, la presunzione di buona fede prevista nell'art. 1147, terzo comma, c.c.»; queste ipotesi si differenziano in quanto «la legge non presume un certo fatto sulla base di un altro fatto noto, secondo lo schema dell'art. 2727 c.c., ma considera senz'altro provato un determinato fatto finché non sia provato il contrario».

appurato che oltre il 90% dei cartelli causano un danno: il cartello, infatti, restringe la curva dell'offerta e determina, di regola, un aumento del prezzo³⁹.

Gli è che se tanto la dir. 2014/104/UE quanto il d.lgs. 19-1-2017, n. 3 di recepimento della normativa europea soprassedono ai problemi causali⁴⁰, per altro verso l'art. 17, par. 2, dir. 2014/104 produce l'effetto d'introdurre proprio una presunzione di sussistenza del nesso causale nel caso di violazione del diritto antitrust consistente in un cartello, appena attenuata in sede di recepimento grazie a una formulazione linguistica della disposizione normativa un poco più accorta, ma forse non sufficiente a scongiurare l'effetto presuntivo della causalità. Essa parla infatti di «danno cagionato» dall'intesa anticoncorrenziale e perciò nonostante testualmente la presunzione sia riferita all'esistenza del danno, a ben vedere, si estende anche al nesso di causalità⁴¹.

Grazie a tale presunzione, pertanto, il compratore di beni o servizi di società colluse dovrà provare solo l'entità del pregiudizio e non anche il danno stesso⁴².

La seconda disposizione che interviene espressamente sull'onere della prova è costituita dall'art. 14 della Direttiva, riprodotto dall'art. 12 del Decreto rubricato "Acquirenti indiretti", in tema di c.d. *passing-on*. Ivi viene sancita l'inferenza del fatto ignoto (la traslazione del prezzo) dalla prova congiunta dei fatti noti costituiti: a) dalla violazione del diritto della concorrenza; b) dall'aver questa cagionato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto; c) dall'acquisto da parte dell'acquirente indiretto di beni o servizi oggetto della violazione del diritto della concorrenza, o che derivino dagli stessi o li incorporino.

³⁹ Cfr. Oxera 2009 preparatory study Quantifying antitrust damages. Towards nonbinding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. In 2014/104/UE directive preparatory works.

⁴⁰ V. Considerando 11, della direttiva.

⁴¹ F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, in *Eur. Dir. priv.*, 2018, 2, 467, nota 167; R. PARDOLESI, *Note minime in tema di causalità*, in *Conc. Merc.*, 2014, 319 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, in *AIDA*, 2015, 115 ss. nonché G. ALPA, *Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, cit., 1239, che fa notare come la presunzione di danno prevista dall'art. 17 implica una presunzione di responsabilità e in ogni caso il collegamento tra il danno risentito dalla vittima e il comportamento dell'agente.

⁴² R. PARDOLESI, *Note minime in tema di nesso di causalità*, cit. 319 evidenzia che «la prova del nesso di causa e quella del *quantum* presentano larghe aree di sovrapposizione pratica, ma esibiscono una chiara diversità concettuale. La prova del nesso concerne il collegamento ad una condotta illecita mentre la quantificazione misura l'entità di un pregiudizio riconosciuto come imputabile all'*infringer*».

Questa presunzione, la cui *ratio* va rinvenuta nell'affermazione contenuta nell'art. 14, par. 1, della Direttiva, che dà espressamente conto della «prassi commerciale di trasferire gli aumenti di prezzo a valle della catena di approvvigionamento», come quella analizzata in precedenza, sottrae l'attore dalla prova del nesso di causalità tra la condotta anticoncorrenziale (lettera *a* dell'art. 12, comma secondo) determinante il sovrapprezzo per l'acquirente diretto dell'autore della violazione (lettera *b*) e il danno subito dall'acquirente indiretto, il quale abbia comunque dimostrato di aver acquistato beni o servizi “coinvolti” nella catena di distribuzione che origina dalla violazione del diritto della concorrenza (lettera *c*)⁴³.

L'applicazione congiunta della presunzione di traslazione del danno e di quella di dannosità del cartello permette così all'acquirente indiretto di intentare un'azione risarcitoria invocando la presunzione di danno nell'*an*, affidandosi, per quanto riguarda la quantificazione, alla liquidazione equitativa del giudice.

Tali previsioni non sono tuttavia idonee a superare la rilevanza, in sede di accertamento del diritto al risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale, della verifica del nesso causale. Con riferimento alla presunzione di danno delineata dall'art. 17 par. 2 della Direttiva, ciò appare anzitutto evidente nei casi in cui l'infrazione si dovesse concretare in una fattispecie diversa da un cartello ove non potendo operare per il *plaintiff* la presunzione di aver subito un danno, egli è chiamato a provare la sussistenza del legame causale tra quest'ultimo e la condotta antitrust. L'accertamento del legame causale conserva peraltro una propria rilevanza anche nei casi in cui l'illecito coincida con un cartello, considerata la relatività della presunzione che tale condotta abbia cagionato un

⁴³ M. DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, cit., 115; V. DE CAROLIS, *Il Decreto legislativo n. 3/2017 (attuativo della Direttiva) sul c.d. private antitrust enforcement, tra tecniche di ripartizione dell'onere della prova e (potenziali) ricadute sull'onere di allegazione*, in *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017*, n. 3, B. Sassani (a cura di), 2017, Pisa, Pacini Giuridica, 147 ss; I. LIANOS, *Causal Uncertainty and Damages Claims for Infringement of Competition Law in Europe*, in *CLES Research Paper Series*, n. 2/2015, disponibile al sito <http://ssrn.com/abstract=2564329>, 47.

danno, e la conseguente facoltà per il convenuto di fornire prova contraria⁴⁴. Lo stesso si può dire con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 14, par. 2.

Perciò permangono irrisolti i nodi interpretativi che il lavoro della dottrina negli anni ha fatto emergere in merito (v. *supra* § 4) e che rendono quanto mai necessaria un'opera di sistematizzazione che la mancanza di un disegno generale rende particolarmente ardua.

D'altro canto, non si può poi non segnalare il fatto che l'applicazione della presunzione di esistenza di un danno in ipotesi di cartello o quella di traslazione a valle del sovrapprezzo unitamente alla facoltà attribuita al giudice di liquidare il danno in via equitativa a fronte dell'impossibilità di una quantificazione più accurata rischia di stridere con l'ordito normativo delineato dalla direttiva, che pur sposando programmaticamente la logica meramente compensativa, lascia trasparire, proprio sotto questo profilo, l'esigenza, peraltro non così velata, di assicurare una giusta dose di *deterrence* nell'applicazione del diritto antitrust, al fine del perseguimento dell'obiettivo della perfezione del mercato.

Un approccio incentrato sulla piena compensazione della vittima con esclusione di qualsiasi torsione in senso punitivo–deterrente del rimedio risarcitorio richiede, infatti, la piena prova della sussistenza del nesso causale e del danno.

Viceversa, come si è evidenziato (v. *supra* Cap. III, § 5), nel momento in cui l'ordinamento giuridico presta meno attenzione alla individuazione e delimitazione dell'ambito del danneggiato, presta meno attenzione alla quantificazione del danno si allenta il nesso di causalità. L'effetto di un tale approccio si concreta nell'allargamento dell'area della responsabilità in misura direttamente proporzionale alla dilatazione del nesso causale e nella conseguente assunzione di connotazioni sanzionatorie e deterrenti da parte del rimedio risarcitorio⁴⁵, con conseguenziale sacrificio della direttiva compensativa che ispira la normativa di nuovo conio.

⁴⁴ L. CASTELLI, *La causalità giuridica nel campo degli illeciti anticoncorrenziali*, cit., 1050; E. CAMILLERI, *Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza*, cit., 154.

⁴⁵ In tal senso si veda PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Il Mulino,

Come rilevato in dottrina, infatti, «[p]er assolvere una funzione sanzionatoria o deterrente, la responsabilità per danno da illecito antitrust non deve necessariamente adottare regole di quantificazione del risarcimento che travalichino la funzione compensativa del rimedio», giacché «[l]a tensione tra funzione compensativa e funzione deterrente della responsabilità attraversa anche altri profili della disciplina»⁴⁶.

7 L'evoluzione del rimedio in *tort* e la natura polifunzionale della responsabilità civile.

Benché in origine la responsabilità civile fosse concepita come strumento sanzionatorio per la tutela di situazioni giuridiche rilevanti⁴⁷, il lungo processo che l'ha portata ad emanciparsi dalla responsabilità penale, come già detto, ha visto assegnare sempre più risolutamente alla finalità compensativa una preminenza pressoché assorbente nella tradizione giuridica del nostro Paese e, più in generale, dei sistemi di *civil law* (v. *supra* § 5).

Bologna, 1996, 90, il quale rileva che «il nesso di causalità, in altri termini, nello sviluppo dinamico attraversato dall'istituto della responsabilità civile soprattutto nell'esperienza nordamericana, si è venuto progressivamente caricando di funzioni e di compiti che, guarda caso, sono gli stessi che dovrebbero essere svolti dalla responsabilità civile considerata *tout court*».

⁴⁶ A. GENOVESE, *Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni relative al danno antitrust*, in, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., 215 ss., spec. 219, e 235. Si v., inoltre, G. PULEIO, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 3, 1092, la quale fa notare come: «se è vero che la direttiva esclude espressamente che il diritto al pieno risarcimento del danno possa comportare una sovracompensazione, che sia a titolo di risarcimento punitivo, multiplo o di altra natura, tuttavia, prevede diversi criteri di quantificazione del danno che tengano conto della funzione deterrente della responsabilità».

⁴⁷ P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1996, 37, dà conto che nello *ius romanorum*, «la responsabilità civile (*actio furti*, *rapina*, *iniuria* e così via) integrava un sistema di sanzioni civili sostitutive rispetto a quelle penali, in origine limitate al solo settore degli illeciti contro lo Stato o contro la pace del regno». Come riporta F.C. VON SAVIGNY, *Le obbligazioni*, vol. II, Torino, 1912, 287, nel diritto romano classico, alla nozione di «pena privata» - che «consisteva in una somma di denaro che l'offensore doveva pagare all'offeso; di guisa che l'uno diventava più povero, l'altro più ricco di ciò che rispettivamente fossero stati prima del delitto» - erano riconducibili due figure, accomunate dalla medesima funzione punitiva: la pena privata *ex maleficio*, che puniva l'autore di un illecito e la pena privata *ex stipulatu*, quale misura pecuniaria derivante da un inadempimento negoziale.

Già nello stesso codice dietro l'idea di rendere risarcibile nella responsabilità aquiliana anche il danno non prevedibile, emerge una visione sanzionatoria di quest'ultima⁴⁸.

In tempi più recenti, in un quadro caratterizzato dalla crescita delle occasioni di danno, specialmente nell'ambito delle violazioni della proprietà intellettuale⁴⁹, una parte della dottrina ha, però, messo in dubbio che la funzione riparatoria-compensativa, seppur prevalente nel nostro ordinamento, sia l'unica attribuibile al rimedio risarcitorio essendo ad esso del tutto estranea qualsiasi sfumatura punitiva-deterrente⁵⁰.

Quest'apertura si è inserita in un contesto nel quale da tempo si è evidenziato come già l'art. 2059 c.c. sia espressivo di una funzione sanzionatoria/punitiva del "risarcimento del danno"⁵¹, se non «quanto di più vicino

⁴⁸ In tal senso C. CASTRONOVO, *Responsabilità*, cit., 396 il quale però considera tale previsione frutto di un abbaglio in cui è caduto il legislatore.

⁴⁹ In questo senso si veda Cass. 15 aprile 2011, n. 8730, in *Foro it.*, 2011, I, 3068, con nota di P. PARDOLESI, *Violazione del diritto d'autore e risarcimento punitivo /sanzionatorio*. In quest'occasione, la Suprema Corte ha affermato il principio per cui gli utili conseguiti dal responsabile della violazione (nella specie si trattava dello sfruttamento illegittimo dei diritti di diffusione televisiva di un filmato) debbano essere devoluti a vantaggio del titolare del diritto: «finalità che si persegue piegando l'istituto del risarcimento dei danni ad una funzione sanzionatoria, diretta ad impedire che l'autore dell'illecito possa farne propri i vantaggi, più che ripristinatoria di effettive perdite patrimoniali; in parte ispirata ai principi in tema di indebito arricchimento, per cui l'utilizzatore abusivo è tenuto a restituire al titolare dei diritti sull'opera le utilità che ne abbia abusivamente tratto». Si vedano inoltre i chiarimenti offerti dalla Corte di Giustizia nel caso SFP C. OTK (Corte giust., 25 gennaio 2017, causa C-367/15 *Stowarzyszenie Filmowców Polskich v. Stowarzyszenie Olawska Telewizja Kablowa*, in *Guida al diritto*, 2017, 11, 44), che nel fornire l'interpretazione dell'art. 13 della direttiva 2004/48/Ce, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, conferma la possibilità per gli Stati membri di introdurre in tale materia forme risarcitorie di tipo punitivo.

⁵⁰ Nel senso di riconoscere alla responsabilità civile una pluralità di funzioni si veda, fra i vari autori: P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile fra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 4, 1061 ss.; ID., *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 1, 119 a cui dire «la responsabilità civile non può avere un'unica funzione, ma una pluralità di funzioni (preventiva, compensativa, sanzionatoria, punitiva) che possono tra loro coesistere»; A. GENOVESE, *Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni relative al danno da illecito antitrust*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione*, cit., 215 ss.; P. PARDOLESI, *Risarcimento del danno, reversione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, in *Dir. Ind.*, 2012, 2, 143. V. inoltre *supra* nota 33.

⁵¹ G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1983; ID., *Danno morale*, in *Digesto disc. priv.*, Utet, Torino, Utet, Torino, 1989, 83, secondo l'A., proprio perché «non trova criteri obiettivi di valutazione economica, discende l'insuscettibilità di un suo risarcimento in senso tecnico», si tratta di un rimedio di natura sanzionatoria con i tratti tipici della pena privata. In contrapposizione a tale visione, ed ugualmente risalente, è la tesi che annette al ristoro del danno non patrimoniale una funzione consolatoria/satisfattiva, poiché mediante l'erogazione di una somma di denaro si consente alla vittima di ricreare le condizioni sostitutive per quelle perdute. Secondo M. FRANZONI, *La liquidazione del danno alla persona*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da F. Galgano, Padova, 1990, 280, si tratta di un rimedio con funzione punitiva/consolatoria.

ad un rimedio sanzionatorio generale offra l'ordinamento»⁵². Si è osservato, infatti, che il risarcimento del danno non patrimoniale – inteso come «danno determinato da lesione di interessi inerenti alla persona non connotati da rilevanza economica»⁵³ – non potendo servire a porre il danneggiato nella situazione in cui si trovava prima del verificarsi del danno, può solo fungere da strumento idoneo ad affliggere il reo e a dissuadere i consociati dalla commissione di ulteriori danni⁵⁴.

Proprio su questo terreno, si è affermato che la scelta del legislatore della legge 24/2017 «di attribuire rilevanza all'elemento soggettivo del responsabile ai fini della quantificazione del danno (...) pare un ulteriore punto di emersione della *allure* sanzionatoria che, com'è noto, sempre più spesso sembra assumere la responsabilità civile»⁵⁵.

Nonostante le aperture della dottrina, la consolidata giurisprudenza di legittimità per lungo tempo ha ritenuto estranea l'idea di punizione e di sanzione al sistema della responsabilità civile e del risarcimento del danno, ravvisandone l'unica funzione nella restaurazione della sfera patrimoniale del soggetto leso⁵⁶.

Nel 2015, però, la stessa Suprema Corte ha messo in luce la compatibilità con i principi generali del nostro ordinamento della funzione sanzionatoria del risarcimento del danno, in considerazione degli interventi normativi che hanno via via attribuito al sistema risarcitorio un tale connotato⁵⁷, accanto a quello

⁵² L. NIVARRA, *Ordine pubblico globalizzato e danni punitivi al vaglio delle Sezioni Unite*, in www.giustiziacivile.com, approfondimento del 31 gennaio 2017.

⁵³ Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972.

⁵⁴ G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 296 ss.; M. ROSSETTI, *Il danno alla salute*, Cedam, Padova, 2009, p. 408 ss., richiamati da M. SCHIRIPA, *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?*, in www.comparazionedirittocivile.it, marzo 2017.

⁵⁵ C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2017, 6, 748; *Contra* L. GUFFANTI PESENTI, *Il ruolo della condotta del medico nella quantificazione del risarcimento note sull'art. 7, co. 3, l. 8-3-2017 n. 24*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2017, 4, 1511 secondo la quale «l'unica lettura sistematicamente plausibile dell'art. 7, l. 24/2017 sembra essere quella per cui la determinazione del risarcimento, che il giudice svolge anche tenendo conto della “condotta dell'esercente la professione sanitaria”, trova il proprio limite massimo nel pregiudizio sofferto dalla vittima, fungendo, tutt'al più, da ragione di maggiore approssimazione a esso dell'obbligazione risarcitoria, nei casi in cui si avverta l'insufficienza delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 cod. ass.».

⁵⁶ Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183; Cass., 8 febbraio 2012, n. 1781.

⁵⁷ In questo senso, sono stati considerati indice della volontà legislativa di superare la tradizionale ritrosia ad accordare un carattere *lato sensu* punitivo alla condanna risarcitoria: gli artt. 124, comma 2 e 131, comma 2, d.lgs. 30/2005 (che, in tema di brevetto e marchio, hanno sostituito gli abrogati artt. 86 r.d. 1939/1927 e

(comunque preponderante) compensativo-riparatorio. La natura non esclusivamente risarcitoria (e, dunque, anche sanzionatoria) della responsabilità civile ha poi trovato accoglimento da parte della Corte Costituzionale⁵⁸.

In ambito sovranazionale, la Corte europea dei Diritti dell'Uomo ha costantemente respinto, anche in casi di gravi violazioni di diritti fondamentali garantiti dalla CEDU, le domande dei ricorrenti volte ad ottenere, oltre ai danni materiali e morali, una somma a titolo di risarcimento punitivo⁵⁹.

Viceversa la Corte di Giustizia, proprio con riferimento al danno antitrust ha dapprima affermato, nella sentenza *Courage*, la compatibilità con il diritto dell'Unione del divieto di arricchimento senza causa, inducendo ad escludere la possibilità per il giudice nazionale di infliggere risarcimenti punitivi⁶⁰. Viceversa con la successiva sentenza *Manfredi* ha sancito che «una forma particolare di risarcimento, qual è il risarcimento esemplare o punitivo deve poter essere riconosciuta nell'ambito di azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, qualora possa esserlo nell'ambito di azioni analoghe fondate sul diritto interno»⁶¹.

Nel 2017 le Sezioni Unite consapevoli di quanto sia radicata nei diversi settori dell'ordinamento la presenza di disposizioni che consentono al giudice di irrogare una condanna risarcitoria avente una funzione punitiva che — lo si sottolinea — non è alternativa a quella reintegratoria/compensativa, raccogliendo gli spunti offerti dall'ordinanza di rinvio emessa dalla Prima Sezione⁶², operando un vero e proprio *revirement*, si sono mostrati favorevoli all'apertura verso le

66 r.d. 929/1942); l'art. 140, comma 7, d.lgs. 206/2005 (in materia di tutela dei consumatori); l'art. 709-ter, n. 1), n. 2) e n. 4), c.p.c. (in materia di inadempimento degli obblighi di affidamento della prole) e molti altri. Cfr. MARCO LOPEZ DE GONZALO, *Proprietà intellettuale e danni punitivi di fronte alla Corte di giustizia europea*, in *Dir. comm. internaz.*, 2017, 2, 435 ss.

⁵⁸ Corte cost., sent., 11 novembre 2011, n. 303; ID., sent., 23 giugno 2016, n. 152.

⁵⁹ Sentenza della Corte EDU, *Akdivar c. Turchia*, 1 Aprile 1998, n. 21893/93; sentenza della Corte EDU, *Selcuk e Asker c. Turchia*, 24 Aprile 1998, n. 30451/96; sentenza della Corte EDU, *Cable e altri c. Regno Unito*, 18 Febbraio 1999, n. 24436/94; sentenza della Corte EDU, *Gaygusuz c. Austria*, 16 Settembre 1996, n. 17371/90.

⁶⁰ Corte di Giust., 20 settembre 2001, Causa C-453/99, *Courage Ltd v. Crehan*, in in *Racc.*, 2001, I-6297, punto 30: «il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto».

⁶¹ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, cause riunite C-295/04 a C-298/04, *Manfredi e a.*, cit., punto 93.

⁶² Cass., Sez. I, ord. 16 maggio 2016, n. 9978, in *Corriere Giur.*, 2016, 7, 919, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*

sentenze straniere comminatorie di *punitive damages*, dando nuova linfa al sempre attuale dibattito sul tema delle funzioni della responsabilità civile nell'ordinamento giuridico italiano.

8 Una possibile prospettiva?

Non potendo revocarsi in dubbio che le pratiche antitrust (salvo quelle aventi esclusivamente oggetto, ma non effetto, anticoncorrenziale) determinano in concreto un danno ai concorrenti e/o ai consumatori (*rectius*: controparti di mercato), di fronte alle difficoltà segnalate, il compito dell'interprete è quello di interrogarsi alla ricerca di possibili soluzioni. Nella piena consapevolezza che in una materia come questa si annidano le tensioni sanzionatorie che il sistema della responsabilità civile degli ultimi anni evidenzia, due possono essere le strade da seguire.

Anzitutto, occorre prendere atto che vi è una vasta area di illeciti in cui il dolo risulta essere elemento caratterizzante influenzando, a seconda dei casi, sulla determinazione dell'ingiustizia, del *quantum debeatur* e del nesso causale⁶³. Sotto quest'ultimo profilo si consideri ad es. il costante orientamento giurisprudenziale che, nell'ambito dei reati perseguibili d'ufficio, ritiene l'attività pubblicistica dell'organo titolare dell'azione penale, idonea a privare la denuncia di ogni efficienza causale, salvo che il denunziante abbia agito con dolo⁶⁴.

Non c'è dubbio che nella gran parte degli illeciti antitrust la condotta dell'*infringer* sia caratterizzata da dolo o colpa grave. Non può pertanto non cogliersi il parallelismo che sotto questo profilo sussiste tra le due fattispecie.

Ne discende che il dolo non può non influire sulla determinazione del nesso causale rendendo il contratto a valle dell'intesa o il comportamento dell'impresa non cartellista nel caso di *umbrella price* inidoneo a spezzare il nesso eziologico tra intesa e danno.

⁶³ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 86.

⁶⁴ *Ex multis* Cass., 20 marzo 2015, n.5597; Cass. 04 febbraio 1992, n.1147, in *Foro it.*, 1993, I, 3359 con nota di V. ROPPO; Cass., 12 gennaio 1991, n. 262.

Si consideri al riguardo che secondo una parte della dottrina tedesca, nella responsabilità soggettiva la casualità interagisce con il criterio di imputazione nel senso che il nesso diventa rilevante in relazione al concreto atteggiarsi della colpevolezza in quello che viene detto *Rechtswidrigkeitszusammenhang*⁶⁵.

In dottrina, sotto altro profilo, è stato poi sottolineato come, quando l'imputazione del danno discende da colpa grave o dolo, quindi da "cattivo uso" della libertà, o dal verificarsi di un rischio socialmente intollerabile, affermare la responsabilità del danneggiante – e nel lungo periodo disincentivare una certa tipologia di condotte – può essere più importante di quanto non sia compensare – in toto e senza esuberi – il singolo danneggiato⁶⁶.

Proprio su questo piano, nell'ottica di una possibile chiave di lettura, assume rilevanza il recente arresto a Sezioni Unite del 2017.

Occorre prendere atto che quest'ultimo ha un respiro ben più ampio del pur appariscente contrordine sulla delibabilità di «*exemplary damages*» e dintorni⁶⁷.

È indubbio, infatti, che il vero contributo offerto dalla Suprema Corte va individuato nell'avvenuta presa d'atto del carattere polifunzionale della responsabilità civile che essa mira a circoscrivere entro un perimetro assai sorvegliato, ma che sarà verosimilmente chiamato a dispiegarsi in futuro⁶⁸.

Pur non potendosi ignorare l'opinione di quanti con forza continuano ad affermare che, nonostante l'accoglimento di una nozione minimale di «ordine pubblico»⁶⁹, l'idea della punizione e della sanzione rimanga estranea al nostro ordinamento ostandovi, se non altro, i principi costituzionali di cui agli artt. 23 e 25, comma 2, Cost.⁷⁰, la rinuncia a rinvenire nella responsabilità civile una

⁶⁵ In tal senso si veda quanto riportato da C. CASTRONOVO, *Responsabilità*, cit. 398.

⁶⁶ A. GENOVESE, *Funzione e quantificazione del risarcimento*, cit., 219 ss.

⁶⁷ A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, I, col. 2630.

⁶⁸ C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 4, 1120.

⁶⁹ L'espressione è di L. NIVARRA, *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sui «danni punitivi»*, in *Dir. civ. cont.*, 30 gennaio 2017.

⁷⁰ Il riferimento è a C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2018, 902 ss. Si veda anche L. NIVARRA, *Brevi considerazioni*, cit., che, in sede di commento all'ordinanza con cui è stata rimessa alle Sezioni Unite la questione relativa alla possibilità di riconoscere ex art. 64 l.n. 218/1995 una sentenza straniera di condanna al pagamento dei c.d. danni punitivi, mostra adesione convinta all'idea della piena ammissibilità del riconoscimento della sentenza straniera punitiva pur sottolineando che, in attesa

funzione esclusivamente compensativa potrebbe forse offrire all'interprete una possibile soluzione alle contraddizioni segnalate.

E' in questa direzione che, a parere di chi scrive, possono cogliersi i primi frutti della rimeditazione circa l'assetto delle funzioni della responsabilità civile cui è pervenuta la Suprema Corte nella sua più autorevole composizione⁷¹.

Del resto, non vi chi non rinviene, nelle recenti evoluzioni giurisprudenziali in ordine alla funzione satisfattiva e di deterrenza sociale del risarcimento del danno, specie non patrimoniale, l'emersione di ampi spazi per una funzione di deterrenza del risarcimento del danno antitrust⁷².

«Utilizzando il vigoroso linguaggio dei diritti e dell'effettività del diritto della concorrenza dell'Unione, la Corte ha sottolineato in particolare la funzione deterrente delle azioni di risarcimento danni per violazione del diritto della concorrenza dell'Unione»⁷³.

L'ingombrante presenza della Dir. 2014/104/UE, dove si mette in esponente il principio della *full compensation*, avendo cura di precisare che la sua applicazione non può in alcun caso condurre «a una sovra-compensazione del

dell'omologo dell'art. 614-bis c.p.c., sarebbe tuttavia un vero fuor d'opera ritenere che «sia rinvenibile, tra le pieghe dell'ordinamento, una regola che possa ergersi a presidio di un rimedio punitivo generalizzato».

⁷¹ In dottrina, sul punto, E. AL MUREDEN, M. DE PAMPHILIS, *Il danno*, in *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, a cura di P. Manzini, 2017, Giappichelli, Torino, 136, rilevano che «la scelta di limitarsi in sede di determinazione del *quantum* a un richiamo dei principi generali vigenti - nonostante il legislatore delegato manifesti, nei lavori preparatori, la propria volontà di lasciare "in ombra la diversa prospettiva di una responsabilità punitiva" - potrebbe non reggere il confronto con le spinte manifestatesi, per via giurisprudenziale, verso l'apertura del sistema italiano dell'illecito civile al riconoscimento di efficacia alle decisioni (provenienti da Paesi terzi) contenenti condanne al pagamento dei punitive damages».

⁷² M. Libertini, *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust*, cit., 270 ss., che dubita sulla capacità del *private enforcement* di assurgere al ruolo di principale strumento di efficace attuazione delle norme antitrust. A sostegno della necessità che la responsabilità civile si ispiri, in ambito antitrust, anche alla prospettiva della deterrenza cfr. specificamente F. DENOZZA, L. TOFFOLETTI, *Funzione compensatoria ed effetti deterrenti dell'azione privata nel diritto antitrust*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., 193 ss., nonché A. GENOVESE, *Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni relative al danno da illecito antitrust*, ivi, p. 215 ss. *Contra* E. CAMILLERI, *Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza*, cit., 169 il quale ritiene che: «Essendo, come ci pare, il modello di responsabilità evocata pur sempre quello comune, in punto di struttura ed ancor più di funzione, ecco allora suonare velleitario ogni tentativo di riconduzione al sistema – seppur a mo' di figura a se' – di un intervento normativo che in realtà non è riscattabile da una cifra ben precisa: quella di intervento settoriale e pragmaticamente orientato a determinate conseguenze, in pari tempo ben lontano dal sottendere ogni consapevolezza dogmatica anche solo ispirata a quei "Principi generali comuni ai diritti degli Stati membri" cui si appunta l'indicazione programmatica dell'art. 240, par. 2, Tratt. FUE».

⁷³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Nils Wahl presentate il 6 febbraio 2019 nella Causa C-724/17, *Vantaan kaupunki v. Skanska Industrial Solutions Oy NCC Industry Oy Asphaltmix Oy*.

danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura», pare mettere al bando l'ipotesi di condanne più che compensative.

Ma se è così, o deve riconoscersi che «agevolare l'esercizio del diritto al risarcimento con regole *ad hoc* non significa risarcire danni non esistenti — il che in effetti si porrebbe in contrasto con il principio compensativo — ma significa solo evitare che le difficoltà di rappresentazione/quantificazione di tali danni seriali incidano sull'effettività del diritto, accettando il rischio (ed anzi addossandolo sull'autore dell'infrazione) che la concreta quantificazione del risarcimento non sia perfettamente equivalente al danno patrimoniale dimostrabile in giudizio (...) ovvero possa essere ragionevolmente approssimato»⁷⁴ o deve prendersi atto che la difficile tenuta del nesso di causalità in alcune delle fattispecie sopra segnalate potrà portare o a una vanificazione dello sforzo legislativo di incentivare il *private enforcement* oppure a una emersione di una funzione più punitiva e deterrente della responsabilità civile nonostante la formale esclusione di sovracompenzazioni nel dettato normativo interno ed europeo.

Forse è anche vero che, proprio in ragione delle considerazioni svolte e della base giuridica utilizzata (V. *supra*, Cap. 2, § 2), la legislazione antitrust di livello europeo, una volta imboccata la via del *private enforcement*, avrebbe dovuto omettere o accogliere in modo meno restrittivo il riferimento al nesso di causalità⁷⁵.

Proprio con riferimento alla prova del nesso causale è stato messo in evidenza che «se si vuole implementare una strategia di contrasto all'attività anticoncorrenziale fondata sulla reazione delle vittime, occorre rassegnarsi all'idea di dover pagare un prezzo in termini di nitore del sistema. Purché se ne abbia contezza...»⁷⁶.

⁷⁴ G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva ue del 2013*, in *Conc. merc.*, 2014., 183.

⁷⁵ In tal senso, T. EILMANSBERGER, *The green paper on damages actions for breach of the EC Antitrust rules and beyond: reflections on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action*, in *CML Rev.*, 2007, 469, già in sede di commento al libro verde ha rilevato che «EC legislation on antitrust damages should limit or eliminate the most restrictive causality variants, both in the interest of legal certainty and in order to secure compliance with the efficiency principle».

⁷⁶ R. PARDOLESI, *Note minime in tema di causalità*, cit., 321.

Nelle conclusioni presentate il 6 febbraio 2019 nella Causa C-724/17, l'Avvocato Generale Nils Wahl⁷⁷ ha sottolineato che, nel contesto particolare del diritto della concorrenza, la compatibilità con il diritto dell'Unione di qualsiasi norma nazionale che disciplina le azioni per il risarcimento del danno derivante da violazione delle norme antitrust non può semplicemente essere valutata sulla base del classico criterio di equivalenza ed effettività, poiché, quando sono in gioco le condizioni costitutive del diritto a richiedere il risarcimento, l'applicazione delle pertinenti norme nazionali non può pregiudicare l'applicazione effettiva dell'art. 101 TFUE. Pertanto, sebbene nel caso *Kone* la Corte si sia astenuta dal fornire una definizione positiva della nozione di nesso di causalità, ciò non vuol dire che abbia lasciato lo sviluppo del significato della stessa alla disciplina del diritto nazionale, con tutti i distinguo che ne derivano.

Questa considerazione si impone alla luce del fatto che – al di là delle difficoltà in punto di quantificazione o prova del danno – le violazioni del diritto della concorrenza comportano principalmente danni indiretti e, più in generale, conseguenze negative sulla struttura e sul funzionamento del mercato.

In ambito municipale, d'altronde, con l'arresto a Sezioni Unite del 2005 e la successiva pronuncia del 2007, si è consolidata l'idea che le condotte anticoncorrenziali sono idonee a ledere non semplicemente il concorrente, ma «un più generale bene giuridico» quale appunto l'ordine concorrenziale del mercato⁷⁸.

Il danno patito dalla vittima di un comportamento anticoncorrenziale risulta così mediato dal diaframma dell'alterazione del mercato e dalla conseguente perdita per la società nel suo complesso in termini di riduzione dei vantaggi dei consumatori e pertanto tutti gli attori del mercato vantano un diritto al risarcimento del pregiudizio patito anche ove questo sia semplicemente il frutto dell'interferenza illecita non direttamente esercitata sulla loro sfera giuridica, ma sul mercato.

⁷⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Nils Wahl, cit.

⁷⁸ Cfr. Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207. Si veda altresì Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305, in *For it.*, 2007, I, c. 1098, con nota di P. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*, nonché in *Danno e resp.*, 2007, 755 ss., con nota di G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso di causalità e prova del danno*.

D'altronde ciò risulta perfettamente in linea con l'orientamento della Corte di giustizia che, prendendo in considerazione i fini del diritto antitrust, fin dal caso *British Airways* ha riconosciuto che «l'art. [102 Tfeue] non riguarda soltanto le pratiche di natura tale da causare direttamente un danno ai consumatori, bensì anche quelle che arrecano loro pregiudizio compromettendo un regime di concorrenza effettiva [...]»⁷⁹ (v. supra Cap. I, § 12).

Come messo in luce dall'Avvocato Generale nelle già citate conclusioni sul caso C-724/17 ciò giustifica una subordinazione della funzione compensativa a quella deterrente e quindi un'attenuazione del nesso causale con conseguente superamento delle strettoie del sistema che isteriliscono l'aspirazione delle vittime al ristoro del pregiudizio subito, nonché la capacità delle azioni risarcitorie di contribuire alla deterrenza dei comportamenti illeciti.

E allora come è stato rilevato in dottrina, già vent'anni addietro, il moltiplicarsi dei modelli di responsabilità extracontrattuale non esprime un incidente di percorso, ma un'evoluzione necessaria e feconda, che sotto la spinta di nuovi interessi modifica la funzione e dunque il modello della responsabilità civile, inevitabilmente spinta ad uscire dai suoi tradizionali confini e ad arricchire l'originaria funzione riparatrice⁸⁰.

Sul piano interno probabilmente in questo caso una volta di più il legislatore ha perso l'occasione per un recepimento che non fosse di semplice traslazione e che non si sarebbe dovuto limitare a un mero richiamo degli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c.

Si tratta di una considerazione quasi ovvia, che tuttavia si impone anche in considerazione della prassi invalsa in ambito legislativo in sede di recepimento delle direttive.

⁷⁹ Corte di Giustizia, 15 marzo 2007, Causa C-95/04, *British Airways plc v. Commissione*, punto 106, in *Foro it.*, 2008, IV, 125.

⁸⁰ R. ALESSI, *Il difficile percorso della "responsabilità civile europea"*, in *Danno e resp.*, 1999, 4, 380 ss.

CAPITOLO V

IL DANNO RISARCIBILE: IL PIENO RISARCIMENTO E I CRITERI DI QUANTIFICAZIONE DEL DANNO.

1 Premessa

Una volta verificata la ricorrenza di tutti i presupposti dell'azione risarcitoria – come detto, coincidenti con gli elementi che caratterizzano l'illecito aquiliano *ex art. 2043 c.c.* – si pone la necessità di procedere alla quantificazione del danno risarcibile.

Qualunque sia la finalità perseguita dal risarcimento del danno, in materia antitrust il vero problema è rappresentato dalla corretta quantificazione del pregiudizio patito dato che ciò significa tentare di prevedere quale sarebbe stato l'andamento del mercato qualora la condotta anticoncorrenziale non fosse stata posta in essere e, dunque, viene richiesta un'analisi controfattuale che pone problemi di non poco conto. La stessa Commissione europea nel libro bianco del 2008 aveva individuato nella prova dell'esistenza e della dimensione del danno una delle aree critiche per la promozione delle azioni civili in Europa¹.

Tanto più in considerazione del fatto che, la quantificazione del danno risarcibile rappresenta uno snodo assolutamente centrale per lo sviluppo del *private enforcement*, in quanto costituisce il banco di prova della effettività della tutela offerta al privato in caso di illecito antitrust.

¹ Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, Bruxelles, 2 aprile 2008, COM (2008) 165, § 2.5.

Ciononostante la direttiva e il D.lgs. 3/2017 affrontano in maniera assai parziale i delicati problemi che essa pone sul tappeto², specie in ordine alla determinazione del lucro cessante³.

Ferma restando la presunzione di danno per le violazioni consistenti in un cartello che però attiene al diverso profilo dell'esistenza del danno, l'unica facilitazione che, in merito alla quantificazione, viene accordata al danneggiato è rappresentata dalla previsione dell'art. 17, secondo cui, allo scopo appunto di non rendere particolarmente difficile l'esercizio dell'azione risarcitoria «gli Stati membri provvedono affinché i giudici nazionali abbiano il potere, a norma delle procedure nazionali, di stimare l'ammontare del danno se è accertato che l'attore ha subito un danno ma è praticamente impossibile o eccessivamente difficile quantificare con esattezza il danno subito sulla base delle prove disponibili».

Negli Stati Uniti, già da tempo, viceversa, le Corti, pur evitando di cadere in quantificazioni basate su una mera speculazione, graduano il *burden of conviction* alla fattispecie dannosa ed alla disponibilità di informazioni da parte dell'attore. Questi, infatti, se va incontro ad un onere della prova decisamente gravoso per dimostrare l'*an*, deve poi far fronte ad obblighi molto meno stringenti nella dimostrazione del *quantum* del danno subito⁴.

Date le peculiarità esistenti in materia, le pur scarse indicazioni in merito all'individuazione del *quantum debeatur* contenute nel tessuto normativo e negli atti di *soft law* risultano, pertanto, fondamentali ai fini dell'individuazione dei connotati del modello risarcitorio concepito per i danni da illecito antitrust. Pur senza pretesa di esaustività, nella parte conclusiva di tale elaborato, ci si propone, perciò, di fornire una breve analisi degli aspetti maggiormente rilevanti.

² L'omissione del tema suscita le perplessità di M. LIBERTINI, *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari*, in *Conc. e merc.*, 2014, 265.

³ R. PARDOLESI, *Complementarità irrisolte: presidio (pubblico) del mercato e azioni (private) di danno*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2011, 3, 477.

⁴ Ad esempio, nel caso *Story Parchment v Paterson Parchment Paper* del 1931 (*Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co.*, 282 U.S. 555, S.Ct. 1931), la Corte ha esplicitamente affermato che devono essere distinti «the measure of proof necessary to establish the fact that petitioner has sustained some damage and the measure of proof necessary to enable the jury to fix» essendo sufficiente al riguardo «to show the extent of the damages as a matter of just and reasonable inference, although the results be only approximate».

2 Il danno risarcibile

L'art. 3, par. 2, della direttiva, recita «Il pieno risarcimento pone una persona che abbia subito un danno nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa. Esso comprende quindi il diritto al risarcimento per il danno emergente e per il lucro cessante oltre al pagamento degli interessi». Siffatta concezione degli elementi costitutivi del danno ricalca quella che già era stata adottata dalla Corte di Giustizia nel caso *Manfredi*. Anche il legislatore interno conferma questa prospettiva richiamando (appunto all'art. 14, comma 1°) le ordinarie regole civilistiche sulla quantificazione del danno, ossia l'art. 1223 c.c., da una parte, e le disposizioni su valutazione equitativa del danno e concorso di colpa del danneggiato (artt. 1226 e 1227 c.c.), dall'altra.

Tale approccio si rivela tuttavia semplicistico e al più consono alla tutela proprietaria risultando perciò inadatto alla maggiore sofisticatezza che caratterizza il rimedio in *tort* a presidio di interessi legati, fra l'altro, alle attività economiche ed al dinamismo di mercato⁵.

La dottrina concorda nel ritenere che la miglior prospettiva da cui prendere le mosse per analizzare il tema in questione sia quella che distingue tra: *i*) illeciti di sfruttamento e *ii*) illeciti escludenti⁶.

Ai fini della identificazione dei danni risarcibili ciò che rileva, infatti, non è tanto se la condotta illecita sia posta in essere da un solo autore (abuso di posizione dominante) o da un gruppo di imprese che si coordinano per comportarsi all'unisono (intese), quanto piuttosto se si tratta di condotta volta a escludere dal

⁵ E. CAMILLERI, *Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 156; M. LIBERTINI, *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari*, in *Conc. Merc.*, 2014, 266 e 271.

⁶ Tale distinzione è richiamata da: I. VAN BAELE, J.F. BELLIS, *Competition law of the European Community*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law Int., 2005, 904; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007, 481; M. MOTTA, M. POLO, *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2005, 249 e ss.

mercato i concorrenti (es. boicottaggio, prezzi predatori, pratiche discriminatorie) ovvero di condotta volta ad imporre condizioni abusive alle controparti di mercato (fissazione di prezzi eccessivamente gravosi, *tie-in*, riduzione della produzione, etc.). Il danno che può derivare da una condotta anticoncorrenziale ha effetti diversi, a seconda che la condotta posta in essere sia un illecito escludente o un illecito di sfruttamento. Pertanto, volendo procedere in modo del tutto sintetico, è possibile osservare quanto segue⁷.

Nei casi di cartello o di abusi per sfruttamento, il danno subito dall'acquirente sarà certamente un danno emergente, consistente nella differenza tra il prezzo effettivamente pagato e il prezzo che avrebbe viceversa sostenuto in assenza di illecito concorrenziale. Nel caso in cui il bene oggetto del sovrapprezzo anticoncorrenziale sia utilizzato dall'attore come input della propria produzione, e ciò lo avesse obbligato ad aumentare i propri prezzi, determinando una riduzione delle vendite, allora questi potrà allegare anche un lucro cessante, commisurato ai mancati guadagni determinati dalla contrazione delle vendite.

Nei casi di abusi escludenti può generalmente configurarsi un danno emergente, pari alla vanificazione degli investimenti specifici effettuati, nonché un lucro cessante costituito dai mancati profitti che l'azienda avrebbe potuto conseguire tramite la propria attività.

Tipico specialmente degli illeciti escludenti poi è il danno da perdita di *chance*, che si configura nel caso in cui l'esclusione dal mercato impedisca al concorrente di acquisire titoli che gli avrebbero consentito in futuro di ampliare la propria produzione, o di aggredire nuovi mercati. Si tratta di un danno che il giudice, può riconoscere soltanto a seguito di un giudizio di carattere prognostico in esito al quale emerga la concreta possibilità che aveva la chance di convertirsi in realtà, non potendosi accontentare della «ragionevole certezza dell'esistenza di una non trascurabile probabilità favorevole»⁸.

⁷ Cfr. *amplius* L. CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, 2012, Giuffrè, Milano, 181 ss; nonché L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, il Mulino, Bologna, 2009, 47 ss..

⁸ Cass., 22 aprile 1993, n. 4724.

Infine, l'abuso può dare luogo ad un danno di immagine, nel caso l'esclusione dal mercato abbia inciso negativamente sulla reputazione dell'impresa.

3 Le metodologie di calcolo del danno

Come sopra rilevato, individuare la situazione particolare in cui si sarebbe trovato il singolo danneggiato ove non fosse occorso l'illecito antitrust, si rivela un'operazione certo più facile a dirsi che non ad attuarsi in concreto.

La ricerca di una soluzione ai problemi che giustifica la quantificazione del pregiudizio riportato dalla vittima della violazione altrui comporta, ha visto all'opera i giuristi e ancor più gli economisti⁹ nella complessa messa a punto di una serie di criteri utili a consentire una stima plausibile della lesione riportata da concorrenti e/o consumatori a seguito di una pratica anticoncorrenziale.

Pur non essendo questa la sede per addentrarsi nei dettagli¹⁰, si può rilevare che i principali metodi indicati nella letteratura economica per individuare lo scenario controfattuale sono tre:

- i. il metodo analitico
- ii. il metodo “*before and after*”
- iii. il metodo del “*benchmark*”.

Tutti questi metodi si incentrano su un approccio differenziale, basato cioè sul confronto tra la situazione determinatasi per effetto della violazione delle regole in materia di concorrenza con una situazione ipotetica - controfattuale in cui si assume la vittima si sarebbe trovata in assenza del comportamento concorrenziale illecito. Anche la Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sul punto, ha sposato tale impostazione, statuendo che il danno si calcola in modo

⁹ Per dirla con le parole di un autorevole studioso dell'antitrust statunitense (Cfr. H. HOVENKAMP, A Primer on Antitrust Damages, February 28, 2011, University of Iowa Legal Studies Research Paper. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1685919> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1685919>) «The marriage between economics and federal antitrust policy becomes rocky when it reaches the law of damages (...) the law of damages has the much more difficult task of quantifying injury; the difference between saying that a certain practice is harmful and quantifying the amount of harm can be significant».

¹⁰ Per un'analisi dettagliata si v. L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit. 119 ss.

differenziale, confrontando il prezzo della prestazione in un mercato concorrenziale con a quello richiesto al consumatore sulla base di un mercato alterato dall'illecito antitrust (Cass. n. 2305/2007; Cass., sez. un., n. 26972/2008).

Differente risulta, però, il procedimento seguito nei tre metodi anzidetti per costruzione di tale situazione ipotetica.

In particolare, il metodo analitico si basa su una ricostruzione empirica dello scenario contro-fattuale sulla base delle evidenze di mercato ed informazioni economiche e contabili. I criteri utilizzati sono differenti a seconda che si tratti di illeciti di sfruttamento ovvero escludenti. Questo metodo è stato utilizzato dalla Corte d'appello nel caso Telsystem c. SIP¹¹

Il metodo “*before and after*”, invece, fonda la ricostruzione dello scenario ipotetico mettendo a confronto lo situazione precedente all'infrazione antitrust e quella successiva ad essa, prendendo a riferimento lo stesso mercato geografico e del prodotto. Ad esso ha fatto ricorso il giudice italiano in diverse occasioni¹².

Infine, il metodo “*yardstick*” stima gli effetti dannosi di una violazione delle norme antitrust confrontando l'impresa che ha patito un abuso di sfruttamento (Impresa A) con un'impresa equivalente (o *benchmark*), che non sia stata affetta dalla violazione (Impresa B).

In dottrina si è messo in evidenza come i metodi analitici siano più adatti alla quantificazione dei danni da pratiche escludenti mentre gli altri due metodi, supportati da adeguati riscontri analitici idonei ad escludere l'efficacia eziologica di variabili indipendenti dalla pratica anticoncorrenziale, si prestano alla quantificazione dei danni derivanti da pratiche di sfruttamento¹³. E' evidente che la concreta applicazione e efficacia di tali metodologie risulta influenzata dalla

¹¹ Corte d'Appello Milano, 24 dicembre 1996.

¹² Si veda, ad esempio, il caso Albacom, App. Roma, 20 gennaio 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 2474, avente ad oggetto un abuso escludente di Telecom Italia nel mercato dell'accesso a Internet a banda larga. Sulla stessa fattispecie con lo stesso esito si veda la decisione App. Roma, 20 gennaio 2003, Wind, in *Dir. ind.*, 2003, 6, 548. Un'altra applicazione del metodo “before and after” si rinviene nella decisione BluVacanze (App. Milano, 11 luglio 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 597). and after” si rinviengono nel caso Valgrana (App. Torino, 7 febbraio 2002, confermato da Cassazione, 10 gennaio 2008, n. 355 in *Foro it.*, 2008, 3, I, 739), Inaz Paghe (App. Milano, 10 dicembre 2004, confermata da Cassazione, 13 febbraio 2009, n. 3640 in *Foro it.*, 2010, 6, I, 1901) e International Broker (App. Roma, 31 marzo 2008, in *Il merito*, 2008, 11, 29).

¹³ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., 119 ss.

moltitudine di variabili che nei singoli casi concreti possono incidere sulla determinazione del danno, per cui l'accurato calcolo del sovrapprezzo determinato dalla violazione costituisce un risultato non sempre facile da conseguire. E' sempre dietro l'angolo il rischio di incorrere nella fallacia del *post hoc ergo propter hoc*, che consiste nel ricondurre alla pratica anticoncorrenziale ogni variazione negativa osservata tra la situazione successiva e quella antecedente all'illecito¹⁴.

4 La guida pratica sulla quantificazione del danno

Dando seguito alle intenzioni espresse nel libro bianco del 2008, al fine di fornire uno strumento teso a coadiuvare il giudice nazionale nel difficile compito che è la quantificazione del danno da illecito antitrust, la commissione ha elaborato due documenti che attengono alle modalità con cui pervenire alla quantificazione del danno. Si tratta della Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea¹⁵ e della Guida Pratica che l'accompagna¹⁶ che trae spunto dallo studio prodotto, su richiesta della Commissione, da Oxera. Il quadro è destinato ad arricchirsi non appena, ai sensi dell'art. 16 della direttiva, saranno pubblicate le linee guida per i giudici nazionali in ordine alle modalità di stima della parte del sovrapprezzo trasferita sull'acquirente indiretto¹⁷.

Con questi due strumenti la Commissione si propone offrire una rassegna ragionata delle diverse metodologie per una quantificazione più accurata possibile

¹⁴ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit. 114.

¹⁵ Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (2013/C 167/07)

¹⁶ Guida Pratica sulla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'unione europea.

¹⁷ Il 5 luglio 2018 la Commissione ha pubblicato e sottoposto a consultazione una bozza di Linee guida volte a fornire ai giudici nazionali indicazioni su come effettuare la stima del sovrapprezzo trasferito. La consultazione sulla bozza si è conclusa il 4 ottobre 2018. Il documento dopo aver illustrato il quadro giuridico applicabile al trasferimento del sovrapprezzo (passing-on of overcharges), focalizza l'attenzione sui fattori da cui dipendono gli effetti del passing-on (in termini di prezzi praticati e volume dell'offerta del venditore diretto) e individua i metodi e le tecniche rilevanti ai fini della quantificazione del danno.

del danno, basata «su un raffronto fra la posizione reale degli attori con quella in cui si sarebbero trovati se non si fosse verificata alcuna violazione»¹⁸.

In particolare, nella Guida a seconda che si tratti di pratica escludente o di sfruttamento vengono prospettate due diversi metodi di ricostruzione controfattuale, l'uno di comparazione, l'altro di simulazione.

Per l'applicazione di questi metodi vengono illustrate una serie di tecniche.

Quest'ultime prevedono la valutazione di evidenze documentali, l'analisi di singole informazioni puntuali, il ricorso a sintesi statistiche o l'uso di strumenti econometrici.

Come la stessa guida si premura di puntualizzare a più riprese, non esiste una gerarchia tra i metodi e le tecniche disponibili e, in ragione del principio di effettività, lo standard probatorio non può essere legato all'utilizzo di un particolare metodo o una particolare tecnica.

Pur trattandosi un testo di *soft law*¹⁹, i giudici nazionali devono per quanto possibile applicare i metodi di calcolo del danno ivi delineati, non potendone ignorare l'esistenza, ove considerato peraltro che questo crea una legittima aspettativa nei soggetti interessati alla sua applicazione.

Si deve tuttavia convenire con quanti a fronte dell'altissimo livello di tecnicità del documento in oggetto – più rivolto ad economisti che a giuristi, hanno segnalato che se l'idea era di fornire un supporto ai giudici, in luogo di una discussione delle tecniche (necessariamente superficiale) sarebbe stato più opportuno spiegare al destinatario prescelto come valutare i lavori di stima proposti nel giudizio e, soprattutto, indicare le domande da porre al proprio consulente e a quelli delle parti per apprezzare la maggiore o minore affidabilità delle loro analisi²⁰.

¹⁸ Commissione europea, Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, cit., 1 ss.; nella giurisprudenza dell'Unione, v. Corte giust. UE, cause riunite C-104/89 e C-37/90 Mulder e altri contro Consiglio, in Racc., 2000, I-203, spec. p.to 79

¹⁹ Gli atti non previsti dai Trattati e la relativa classificazione sono da sempre oggetto di attenta riflessione. Per una classificazione sistematica si rinvia a G. STROZZI e R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 296-300.

²⁰P. BUCCIROSSI, *Riflessioni intorno alla guida pratica per la quantificazione del danno*, in *Conc. Merc.*, 2014, 323 ss.

A fronte dell'oggettiva difficoltà incontrata dai giudici nell'applicare i criteri scientifici di quantificazione del danno suggeriti dalla Commissione nel citato *guidance paper*, è possibile, pertanto, prospettare un sempre maggiore ricorso allo strumento della consulenza tecnica quale mezzo di ausilio per il giudice, volto alla più approfondita conoscenza dei fatti già provati dalle parti, la cui interpretazione richiede nozioni di scienza specialistica.

D'altronde anche negli Stati Uniti, ove il *private enforcement* è particolarmente sviluppato, nell'ambito delle azioni risarcitorie è molto frequente l'intervento di esperti ai fini della quantificazione del danno, dato il ruolo chiave nel valutare questioni altrimenti molto complesse per i giudici²¹.

L'importante è non trasformare la C.T.U. in strumento per ovviare alle carenze probatorie imputabili alle parti del procedimento²². Nell'ambito delle azioni extracontrattuali ex art. 2043 c.c., infatti, spetta all'attore allegare tutti quegli elementi probatori volti alla dimostrazione del danno, essendo poi, invece, compito del consulente quello di quantificare il danno mediante l'utilizzo di criteri scientifici²³.

5 L'intervento dell'Autorità nazionale nella determinazione del danno antitrust

Un ulteriore strumento destinato, secondo il disegno del legislatore, ad operare quale ausilio tecnico del giudice civile nella determinazione quantitativa del danno è rappresentato dalla possibilità di ricorso all'*expertise* dell'Autorità di concorrenza.

Infatti, accanto alla presunzione relativa di danno in caso di cartello (art.

²¹ Secondo T.C. Arthur ciò vale a maggior ragione per il sistema americano nel quale «... judges are not career civil servants who have been trained for their jobs. They are generalists; only the few judges who formerly were business law professors or business lawyers have any business background.». Cfr. T.C. ARTHUR, *The unsatisfactory application of the antitrust statutes of the United States by the Federal Courts, in Modernisation of European Competition Law*, a cura di, J. STUYK, H. GILLIAMS, E. BALLON, Intersentia, New York, 2002, p. 62.

²² Cass., sez. lav., 5 ottobre 2006, n. 21412, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 10; Cass., sez. I, 5 luglio 2007, n. 15219, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 7-8.

²³ M. TODINO, *Il danno risarcibile*, in *AIDA*, 2015, 22 e 23.

17.2), la nuova Direttiva prevede che, su richiesta del giudice civile, l'Autorità di concorrenza possa, qualora ritenuto appropriato, prestare la propria assistenza nella quantificazione del danno da illecito antitrust (art. 17.3).

Il decreto legislativo n. 3/2017 definisce in modo più puntuale, rispetto alla direttiva, i presupposti per l'operatività dell'assistenza dell'autorità nella quantificazione del danno, specificando che la collaborazione risponde a «specifiche richieste» del giudice all'autorità e che l'autorità può rifiutare l'assistenza per «salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza».

Si tratta di una soluzione inedita per l'ordinamento giuridico italiano che prima d'ora, a differenza di altri ordinamenti come quello spagnolo²⁴ e quello dell'Unione²⁵, non contemplava alcuna previsione finalizzata ad attribuire all'Autorità il ruolo di *amicus curiae*.

Visto che la relazione illustrativa del decreto conferma che ai fini della stima concreta del danno il giudice ha la possibilità di avvalersi dell'ausilio di un consulente tecnico secondo le regole generali di cui agli articoli 61 e 191 c.p.c., si può convenire con chi ha rilevato che l'assistenza dell'Autorità, non va a sovrapporsi alla consulenza, ma si configura come uno mezzo che ha una funzione integrativa in grado di dare un valore aggiunto rispetto a un Ctu²⁶.

Se secondo alcuni la previsione in commento va a rafforzare la cooperazione e il coordinamento tra *public* e *private enforcement* del diritto della concorrenza²⁷, altri dubitano dell'opportunità, anche in termini di risorse, di un

²⁴ C. HERRERO SUÁREZ, *La transposición en España de la Directiva de daños antitrust*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, 1, 175 ss. ricorda che «Esta posibilidad ya se recogía con anterioridad a la aprobación de la Directiva en el ordenamiento jurídico español, dado que el antiguo artículo 25 c) LDC establecía que la CNC, a solicitud del órgano judicial, podrá proponer criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los infractores de los artículos el antiguo artículo 25 c) LDC establecía que la CNC, a solicitud del órgano judicial, podrá proponer criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los infractores de los artículos».

²⁵ L'articolo 15 del regolamento n. 1/2003 prevede la possibilità di interventi della Commissione e delle autorità di concorrenza in funzione di *amicus curiae* nell'ambito dei processi civili.

²⁶ G. BRUZZONE, A. SAIJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?*, in *Merc. conc. reg.*, 2017, 9, 31 ss.

²⁷ E. AL MUREDEN, M. DE PAMPHILIS, *Il danno, in Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, a cura di P. Manzini, 2017, Giappichelli, Torino, 152; E. MALAGOLI, *Il risarcimento del danno da pratiche anticoncorrenziali alla luce della direttiva 2014/104/U*, in *Contr. Impr. Europa*, 2015, 1, 398.

simile strumento²⁸. Si è, anzitutto, rilevato che nella maggior parte dei casi non è detto che le autorità di concorrenza siano attrezzate per ottemperare ad un così gravoso compito. Infatti, il dato normativo che, autorizza la comminazione delle sanzioni in forza della semplice prova dell'oggetto anticompetitivo, ha indotto le autorità di concorrenza a disinteressarsi all'analisi degli effetti della condotta anticoncorrenziale²⁹. In secondo luogo si è affermato che almeno nel breve periodo, l'autorità si troverebbe costretta a dirottare le limitate risorse destinate all'applicazione delle regole di concorrenza in nome dell'interesse collettivo verso il perseguimento dell'interesse strettamente privatistico di coloro che instaurano azioni risarcitorie³⁰.

D'altro canto, poi, sono stati sollevati dubbi sulla reale terzietà dell'Autorità, specie se chiamata ad assistere il giudice nell'ambito di un'azione *follow on*.

Se sull'opportunità di tale strumento si registrano divergenze, la dottrina è unanime nel ritenere che, per quanto l'Autorità possa aver circostanziato e precisato gli effetti dell'infrazione nella sua decisione, è certo che l'entità del danno deve essere sempre quantificata dal giudice civile tenendo conto delle circostanze del caso concreto³¹.

²⁸ Cfr. P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. N. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Rim. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, 1011; TODINO M., *Il danno risarcibile*, in *AIDA*, 2015, 29 il quale non manca di notare come, nonostante lo sforzo ricostruttivo da parte dell'A.G.C.M., la stima del danno effettuata nel caso *Roche-Novartis* sia caratterizzata da numerosi errori e imprecisioni anche di ordine metodologico.

²⁹ La percezione che le NCA non siano pronte ad affrontare una simile attribuzione è presente anche a livello internazionale. In tal senso P. ROTH, «It also seems unlikely that many NCAs will be willing, or readily able, to assist national courts in relation to the issue of quantum, particularly in object infringement cases where the authority has had little regard to the consequences of the infringement question.», in P. ROTH, *Too much or too little? The initiatives to promote private redress*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea (XI Convegno di Treviso)*, a cura di E. A. RAFFAELLI, Bruylant, Bruxelles, 2015, 58.

³⁰ M. TODINO, *Il danno risarcibile*, in *AIDA*, 2015, 29 e 30.

³¹ E. AL MUREDEN, M. DE PAMPHILIS, *Il danno*, in *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, cit. 155; R. CHIEPPA, *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Dir. Ind.*, 2016, 4, 320.

6 La valutazione equitativa

Sempre l'eccessiva difficoltà cui va in contro l'attore nella dimostrazione del *quantum debeatur* costituisce la ragione che ha indotto il legislatore dell'Unione a conferire ai giudici il potere di stimare l'ammontare del pregiudizio subito attraverso il ricorso alla valutazione equitativa se è accertato che il richiedente abbia subito un danno, ma è praticamente impossibile o eccessivamente difficile quantificarlo con esattezza sulla base delle prove disponibili.

Tale soluzione si pone in linea di continuità con la giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale, avallando la scelta compiuta da un buon numero di giudici di merito³², in più occasioni, ha riconosciuto che nel giudizio risarcitorio ex art. 33, comma 2, legge n. 287/1990, l'ammontare del danno può essere determinato equitativamente, in ragione all'eccezionale difficoltà per il danneggiato di darne precisa dimostrazione. Infatti, già prima dell'intervento di recepimento, il sistema di determinazione del danno da illecito extracontrattuale previsto nel nostro ordinamento e applicabile anche in campo antitrust era già ampiamente conforme ai dettami della direttiva³³. Il legislatore interno, in sede di recepimento, al solo scopo di fugare ogni possibile dubbio, si è, quindi, semplicemente limitato a richiamare le pertinenti disposizioni del codice civile, stabilendo che «il risarcimento del danno causato da una violazione del diritto della concorrenza dovuto al soggetto danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile».

Senonché il rischio è che tale previsione applicata congiuntamente alla presunzione di danno prevista in caso di violazioni consistenti in cartello possa avallare pericolosi automatismi risarcitori. Ciò ancor più se si considera che l'alto grado di tecnicismo ai fini della definizione dello scenario controfattuale con cui

³² Si v. G. MUSCOLO, *La quantificazione del danno nel processo antitrust*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. PACE, Jovene, Napoli, 2013, 345 la quale rileva come «nelle numerose azioni *follow-on* che hanno fatto seguito al noto caso RC Auto i giudici di pace allora competenti hanno liquidato i danni su base equitativa, secondo il parametro del sovrapprezzo praticato per effetto del cartello assicurativo ai consumatori, incidentalmente indicato dallo stesso provvedimento della Autorità Garante nel 20%». In tal senso ad es. Cass., 28 luglio 2000 n. 1377.

³³ Da ultimo Cass., 28 maggio 2014, n. 11904.

pervenire alla stima del danno riportato dall'attore, rischia di trasformare la valutazione equitativa del giudice, da residuale per come concepita dal legislatore, ad approdo ordinario del giudizio di riparazione da illecito antitrust³⁴.

Tuttavia per le violazioni non consistenti in cartelli, non si può non rilevare che la valutazione equitativa non può attuarsi solo sulla base del verificarsi di una condotta illecita, sino quindi a considerare il danno *in re ipsa*, ma richiede che il pregiudizio sia già stato dimostrato, allegando specifiche circostanze da sottoporre all'esame dell'Autorità giudiziaria³⁵. Infatti, come affermato dalla giurisprudenza di legittimità «la liquidazione equitativa del danno può ritenersi legittima nel solo caso in cui il danno stesso non sia meramente potenziale, bensì certo nella sua esistenza ontologica, pur non essendo suscettibile di prova del *quantum*, e richiede altresì, onde non risultare arbitraria, l'indicazione di congrue, anche se sommarie, ragioni del processo logico su cui è fondata»³⁶.

Il rispetto di queste condizioni se riduce il pericolo di una incontrollabile proliferazione di azioni bagatellari al contempo permette comunque di incentivare le azioni risarcitorie dei privati in presenza di danni di difficile rappresentazione e/o di difficile quantificazione attenuando al contempo il rischio che si debordi verso un modello esclusivamente o prevalentemente “punitivo/sanzionatorio”.

7 Considerazioni conclusive

Dalla ricostruzione appena effettuata emerge come il tema trattato sia stato motivo di considerazioni critiche su diversi ordini di questioni. Il tentativo di mettere a punto un meccanismo di *regulation through private litigation*, coerente

³⁴ E. CAMILLERI, *Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, cit., 163.

³⁵ Si consideri, infatti, che per quanto riguarda la portata dell'effetto vincolante da riconoscere all'accertamento dell'autorità tanto la direttiva al considerando 34 che il decreto legislativo di recepimento all'articolo 7 sono chiari nell'affermare che il carattere definitivo dell'accertamento riguarda la natura della violazione e la sua dimensione materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno. In tal senso, si v. anche R. CHEPPA, *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE*, cit. 319.

³⁶ Cass., 14 marzo 2002 n. 1257

nelle finalità e complementare nell'azione con quello - più consolidato - costituito dai *public remedies*, si è, infatti, rilevato particolarmente arduo³⁷.

L'intervento di nuovo conio, da tempo atteso, dato anche il lunghissimo periodo di gestazione del testo, tenta di dare un contributo significativo in vista del definitivo superamento delle criticità prospettate. Il dibattito su tutti i temi esaminati non solo è ancora aperto, ma è nel vivo della discussione.

Si tratta di un provvedimento dai contorni complessi, che secondo alcuni, però, è riuscito solo a metà perché la direttiva è lacunosa, usa termini e concetti troppo vaghi rischiando di vanificare l'effetto armonizzante nell'ambito delle legislazioni nazionali in materia³⁸.

Se è certamente vero che le esigenze di tutela del *public enforcement antitrust* da un lato, ed il timore di incappare negli eccessi del *private enforcement* americano, dall'altro, hanno condizionato la portata innovativa dell'intervento regolatorio, è troppo presto per compiere delle valutazioni prognostiche rispetto al suo esito. La vera sfida è rappresentata dalla necessità di adeguare il nesso di causalità alle esigenze del *private enforcement* scongiurando al contempo i rischi di un eccessivo adattamento del principio di causalità a finalità di *deterrence*.

Al momento vi è una sola certezza, lo sforzo del legislatore di stimolare il progressivo rafforzamento del *private enforcement*, non può certo prescindere dal fattivo apporto che nella piena consapevolezza sia delle problematiche esistenti, sia dei rispettivi ruoli istituzionali, tutti gli attori del complessivo sistema di *enforcement antitrust* saranno chiamati a fornire.

Indubbiamente, fondamentale sarà la capacità dei giudici di adeguarsi alle novità introdotte ripensando alla luce di questo sistema il tradizionale modo di operare.

Il tempo ci dirà se le soluzioni concepite sono state veramente in grado di stimolare l'uso più frequente delle azioni risarcitorie o se ancora una volta sarà

³⁷ M. COLANGELO, *Le evoluzioni del private enforcement: da Courage al libro bianco*, in *Eur. e dir. priv.*, 3, 2008, 655; E. CAMILLERI, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale nella Direttiva 2014/104/UE*, in *AIDA*, 2015, 32;

³⁸ G. Alpa, cit. 1251; nonché con riferimento alla proposta di direttiva S. MARINO, *Alcune novità nel private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Contr. impr. Europa*, 2014, 1, 96.

necessario prendere atto che, nonostante gli sforzi profusi, tanto ancora rimane da fare per una complessiva trasformazione del sistema di *enforcement* del diritto antitrust.

Una volta imboccata la strada volta ad adottare misure per incentivare il *private enforcement* sarebbe stata, forse, auspicabile una soluzione più coraggiosa, attenta ad assicurare un risarcimento in misura tale da proteggere adeguatamente le vittime delle pratiche illecite e disincentivare il ripetersi degli stessi. Sicuramente utile si sarebbe potuta rilevare in questa direzione la previsione dello strumento dei danni punitivi e, come avvenuto entro la Direttiva IP, del *disgorgement of profits* quale tecnica di quantificazione del danno³⁹.

³⁹ Anche E.L. CAMILLI, P. CAPRILE, R. PARDOLESI, A. RENDA, *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2008, 2, 264, si sarebbero augurati una soluzione più coraggiosa della Commissione europea, volta a preservare la natura compensativa delle azioni risarcitorie, aumentandone allo stesso tempo l'effettività. Sulla possibilità, almeno *de iure condendo*, di introdurre nel nostro ordinamento i danni punitivi, F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi* in *Europa dir. priv.*, 2009, 4, 909 ss.. Con riferimento al *disgorgement of profits* si V. M. DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, in *AIDA*, 2015, 124 il quale ipotizza che «... in una dimensione decentralizzata il *disgorgement of profits* potrà anche essere “recuperato”, in via di interpretazione analogica proprio dal confronto con la tutela IP».

BIBLIOGRAFIA

- AFFERNI G., *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile, e prescrizione*, in *Danno e resp.*, 2007, 1, 19 ss.
- AFFERNI G., *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso di causalità e prova del danno*, in *Danno e resp.*, 2007, 7, 755 ss.
- AFFERNI G., *La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario*, in *Conc. Merc.*, 2008, 491 ss.
- AFFERNI G., *Azione di classe e danno antitrust*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2010, 491 ss.
- AFFERNI G., *Il risarcimento dei danni per violazioni del diritto della concorrenza: prescrizione e responsabilità solidale*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2018, 1, 171 ss.;
- ALESSI R., *Il difficile percorso della “responsabilità civile europea”*, in *Danno e resp.*, 1999, 4, 377 ss.
- AL MUREDEN E., DE PAMPHILIS M., *Il danno*, in *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, a cura di P. MANZINI, 2017, Giappichelli, Torino, 126.
- ALPA G., *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Jovene, Napoli 1979.
- ALPA G., BESSONE M., ZENO ZENCOVICH V., *I fatti illeciti*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, Utet, Torino, 1995.
- ALPA G., *I Principi generali*, in *Tratt. di Diritto Privato*, a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2006.
- ALPA G., *Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Contr. impr.*, 2015, 6, 1227.
- ALVIZOU A.A., *Individual Tort liability for infringements of Community Law*, in *Legal issues of Economic Integration*, 2002, 2, 177 ss.
- AMATO G., *Il mercato nella Costituzione*, *Quaderni Cost.*, 1992, 12.
- AMATO G., *Il potere e l'antitrust*, Il Mulino, Bologna, 1997.
- AMICO P., *Intese e pratiche lesive della concorrenza: alla ricerca di un modello europeo per le azioni di risarcimento danni*, in *Contr.*, 4, 2005, 407
- ANDREANGELI A., *“Courage Ltd v. Crehan” and the enforcement of Article 81 EC before National Courts*, in *European Competition Law Review*, 2004, 12, 758.
- ANGLAND J., *Joint and Several Liability, Contribution, and Claim Reduction*, in *Issues in Competition Law and Policy*, ABA Section of Antitrust Law, 2008, 2369 ss.

- ANSANELLI V., *Prove e strumenti conoscitivi del giudice*, in *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, a cura di A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, Milano, Giuffrè 2015, 223 s.
- AREEDA P.E., BLAIR R.D., HOVENKAMP H., DURRANCE C.P., *Antitrust Law*, 3^a ed., Wolters Kluwer, New York, 2007.
- ARTHUR T.C., *The unsatisfactory application of the antitrust statutes of the United States by the Federal Courts*, in *Modernisation of European Competition Law*, a cura di J. STUYK, H. GILLIAMS, E. BALLON, Intersentia, New York, 2002, p. 61.
- ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960.
- BARCELLONA M., *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M.R. MAUGERI - A. ZOPPINI, Il Mulino, 2009, 57 ss.
- BARLETTA A., *La competenza sull'inibitoria antitrust*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 2, 449 ss.
- BASTIANON S., *Violazione della normative antitrust e risarcimento del danno*, in *Danno e resp.*, 1996, 5, 555.
- BASTIANON S., *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, in *Danno resp.*, 2003, 4, 390 ss.
- BASTIANON S., *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2006, 2, 321.
- BASTIANON S., *La tutela privata antitrust in Europa: dove siamo e dove stiamo andando?*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 5, 1421.
- BENACCHIO G.A., *Il private enforcement del diritto europeo antitrust: evoluzione e risultati*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. Pace, Napoli, Jovene, 2013, 16.
- BERNINI G., *La tutela della libera concorrenza e i monopoli*, II, Giuffrè, Milano, 1960.
- BERNINI G., *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, CLUEB Bologna, 1991.
- BERRUTI M., *Le intese anticoncorrenziali vietate*, in *Giust. civ.*, 2000, 9, 397 ss.
- BLAIR R.D. HARRISON J.L., *Reexamining the Role of Illinois Brick in Modern Antitrust Standing Analysis*, in *George Washington Law Review*, 1999, 1, 1.
- BONA M., *Il nesso di causa nella responsabilità civile del medico e del datore di lavoro a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite Penali sulla responsabilità omissiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 2, 361 ss.

- BONA M., MONATERI P.G., *Il nesso di causa nella responsabilità civile per danno alla persona*, in *Il nesso di causa nel danno alla persona*, a cura di M. BONA, IPSOA, Milano, 2005, 1 ss.
- BONA M., *Nesso di causalità*, in *Danno e resp.*, 2006, 4, 395 ss.
- BONILINI G., *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1983.
- BONILINI G., *Danno morale*, in *Digesto disc. priv.*, Utet, Torino, 1989, 83.
- BOSCHETTI L. B., *Danno e responsabilità nella funzione amministrativa*, Padova, Cedam, 2012.
- BRUZZONE G., *La quantificazione del danno nel processo antitrust*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. PACE, Jovene, Napoli, 2013, 338.
- BRUZZONE G., SAIJA A., *Verso il recepimento della Direttiva sul private enforcement del diritto antitrust*, in *Conc. Merc.*, 2014, 259.
- BRUZZONE G., SAIJA A., *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?*, in *Merc. Conc. Reg.*, 1, 2017, 9 ss.
- BUCCIROSSI P., *Riflessioni intorno alla guida pratica per la quantificazione del danno*, in *Conc. Merc.*, 2014, 323 ss.
- BUSNELLI F. D., *La lesione del credito da parte di terzi*, Giuffrè, Milano, 1964.
- BUSNELLI F.D., *Illecito civile*, in *Enc giur.*, vol. XV, Treccani, Roma, 1989, 1 ss..
- BUSNELLI F.D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 4, 909 ss.
- CAMILLERI E., *La tutela del contraente "a valle" di intesa illecita tra giurisprudenza comunitaria e diritto interno*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 1, 43.
- CAMILLERI E., *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2008.
- CAMILLERI E., *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale nella direttiva 2014/104/UE*, in *AIDA*, 1, 2015, 32.
- CAMILLERI E., *Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1, 143 ss.
- CAMILLI E. L., CLARICH M., *Illegittimo il veto alla fusione della schneider: prima condanna per la commissione europea - Sulla responsabilità restano le differenze*, in *Guid. dir.*, 31, 2007, 103.
- CAMILLI E.L., CAPRILE P., PARDOLESI R., RENDA A., *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2008, 2, 229.

- CAMPAGNA M. F., *La responsabilità solidale incalcolabile dell'illecito antitrust*, in *An. Giur. Ec.*, 2017, 2, 451 ss.
- CAPRILE P., *Note in tema di accesso agli atti dell'Agcm*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 10, 976 ss.
- CARBONE V., *Il rapporto di causalità*, in *La responsabilità civile*, a cura di G. ALPA, M. BESSONE, Vol. II, Utet, Torino, 1997, 50 ss.
- CARNELUTTI F., *Perseverare diabolicum (a proposito del limite della responsabilità per danni)*, in *Foro it.*, 1952, IV, 99.
- CARPAGNANO M., *Una pietra sopra. Commento alla sentenza della Corte di Cassazione n. 2305/07 in tema di private enforcement*, in *Danno e resp.*, 2007, 7, 769 ss..
- CARPAGNANO M., *Le difese dell'impresa convenuta e il passing-on*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. PACE, Napoli, 2013, 298 e ss.
- CARUSO A., *Colpa nell'illecito antitrust*, in *Danno e resp.*, 1998, 2, 118 ss.
- CASABURI G., *Storia prima felice, poi dolentissima e funesta, delle sezioni specializzate*, in *Il diritto industriale*, 2014, 2, 171 ss.
- CASSESE S., *La nuova Costituzione economica*, Laterza, Bari, 2011, p. 43 ss.;
- CASTELLI L., *Recenti interventi comunitari in materia di risarcimento del danno da violazione di norme antitrust: riflessi sulla disciplina nazionale*, in *Giur. comm.*, 2009, 6, 1198 ss.
- CASTELLI L., *Disciplina antitrust e illecito civile*, 2012, Giuffrè, Milano, 2012.
- CASTELLI L., *La causalità giuridica nel campo degli illeciti anticoncorrenziali*, in *Danno e resp.*, 2013, 11, 1049 ss.
- CASTRONOVO C., *Responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2018.
- CAUFFMAN C., N. PHILIPSEN, *Who does what in competition law: harmonizing the rules on for damages for infringements of the EU competition rules*, in *Maastricht European Private Law Institute Working Paper*, No. 2014/19, November 2014, disponibile al sito <http://ssrn.com/abstract=2520381>.
- CAVALLONE B., *La divulgazione della sentenza civile*, Milano, Giuffrè, 1964.
- CAVALLONE B., *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie: problemi dell'istruzione probatoria*, in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, a cura di F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIMBENE, Giuffrè, 2008, 31 ss..
- CHIEPPA R., *Il potenziamento del private enforcement e la sua complementarità rispetto all'azione dell'Autorità antitrust*, in *giustiziacivile.com*, 3 marzo 2014.

- CHIEPPA R., *Rapporto tra public e private enforcement alla luce della Direttiva, relazione presentata alla conferenza su "Rapporto tra public e private enforcement alla luce della direttiva 2014/104/UE"*, Roma, 28 maggio 2015.
- CHIEPPA R., *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Dir. Ind.*, 2016, 4, 314.
- CIPOLLETTA I., *La cultura della concorrenza in Italia*, in *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V convegno biennale Antitrust*. Trento, 16-18 aprile 2015, *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza*, a cura di G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO, Trento, Università degli Studi di Trento, 47.
- CISOTTA R., *The evolving framework for antitrust damages actions and collective redress in the European Union: a first assessment*, in *dir. comm. int.*, 2014, 3, 709 ss.
- CLARICH M., *La responsabilità nel sistema comunitario*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo – Parte generale*, a cura di M.P. CHITI, G. GRECO, Milano, Giuffrè, 2007, 589-610.
- COLANGELO G., *La politica europea della concorrenza alla luce del progetto della nuova Costituzione*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005, 3-4, 1127 ss.;
- COLANGELO M., *Le evoluzioni del private enforcement: da Courage al libro bianco*, in *Eur. Dir. priv.*, 2008, 3, 655 ss.
- COMOGLIO P., *Note a una prima lettura del d.lgs. N. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Rim. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, 991.
- CORTESE M., *Profili della causalità civile e criteri di definizione e liquidazione del danno*, in *Danno e resp.*, 2017, II, 142.
- DAL POZZO F. R., *La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust. Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement o occasione mancata?*, in <http://rivista.eurojus.it/la-direttiva-sul-risarcimento-del-danno-da-illecito-antitrust-armonizzazione-delle-regole-nazionali-in-tema-di-private-enforcement-o-occasione-mancata/>
- DANIELE L., *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Giuffrè, Milano, 2016.
- DE CAROLIS V., *Il Decreto legislativo n. 3/2017 (attuativo della Direttiva) sul c.d. private antitrust enforcement, tra tecniche di ripartizione dell'onere della prova e (potenziali) ricadute sull'onere di allegazione*, in *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, a cura di B. Sassani, 2017, Pacini Giuridica, Pisa, 147 ss

- DE CRISTOFARO M., *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, in *AIDA*, 2015, 1, 100 ss..
- DE CRISTOFARO M., *Il private enforcement antitrust ed il ruolo centrale della disciplina processuale di nuovo conio legislativo o di nuova concezione giurisprudenziale*, in *Int'l Lis*, 2015, 3-4, 123.
- DE LUCIA L., MINERVINI V., *Decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Conc. e merc.*, 2010, 509 ss.
- DEMARTINI G., *La definizione del procedimento antitrust tra esigenze di efficienza e tutela degli interessi coinvolti*, in *Riv. dir. comm. internaz.*, 2009, 4, 917 ss
- DENOZZA F., *Il disegno di legge antitrust: qualche problema tecnico*, in *Giur. comm.*, 1988, 1, 760, ss.
- DENOZZA F., TOFFOLETTI L., *Funzione compensatoria ed effetti deterrenti dell'azione privata nel diritto antitrust*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M.R. MAUGERI - A. ZOPPINI, Il Mulino, 2009, 193 ss.
- DE SANTIS A.D., *Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 6, 1495.
- DETTONI S., *Attività di «lobbying» e manovra antitrust*, in *Dir. ind.*, 1999, 3, 252 ss.
- DI PEIO F., *L'azione di risarcimento dei danni ex art. 33, comma 2, l. N. 287/1990: l'onere probatorio sussistente in capo al consumatore in presenza di intesa restrittiva della concorrenza accertata dall'agcm*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 4, 1220 ss.
- DONATIVI V., *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano*, Giuffrè, Milano, 1990.
- DRAKE S., *Scope of Courage and the principle of “individual liability” for damages: further development of the principle of effective judicial protection by the Court of Justice*, in *European Law Review*, 2006, 6, 841 ss.
- DUNNE N., *The Role of Private Enforcement within EU Competition Law*, in *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, No 36/2014.
- EDITORIAL COMMENT, *“One bird in the hand...” The Directive on damages actions for breach of the competition rules*, in *CML Rev.*, 2014, 5, 1333.
- EHLERMANN C.D., *The modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution*, in *CML Review*, 2000, 3, 431 ss.
- EILMANSBERGER T., *The relationship between rights and remedies in EC law: in search of the missing link*, in *CML Rev.*, 2004, 5, 119 ss.

- EILMANSBERGER T., *The green paper on damages actions for breach of the EC Antitrust rules and beyond: reflections on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action*, in *CML Rev.*, 2007, 2, 431 ss.
- FATTORI P., TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- FINOCCHIARO G., *La divulgazione delle prove nella Direttiva antitrust private enforcement*, in *Dir. ind.*, 3, 2016, 221.
- FINOCCHIARO G., *La disciplina dell'esibizione delle prove nei giudizi risarcitori per violazione delle norme Antitrust in attuazione della dir. 2014/104/ue*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2018, 1, 415.
- P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Cedam, Padova, 1960.
- FRANK J.-U., *Umbrella pricing and cartel damages under EU competition law*, in *EUI Working Paper LAW*, 2015/18.
- FRANZONI M., *La liquidazione del danno alla persona*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, 1990.
- FRANZONI M., *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile Scialoja - Branca, Libro IV- Delle obbligazioni, sub. artt. 2043-2059*, a cura di F. GALGANO, Zanichelli-Il foro italiano, Bologna – Roma 1993.
- FRANZONI M., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1998.
- FRANZONI M., *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, a cura di M. FRANZONI Giuffrè, Milano, 2010.
- FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, a cura di M. FRANZONI, Giuffrè, Milano, 2010.
- FRIGNANI A., *L'azione inibitoria per violazione di norme antitrust nella CEE e nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. ind.*, 1968, 1, 128 ss.
- FRIGNANI A., *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2013, 3, 429 ss.
- GALLO P., *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1996.
- GENOVESE A., *Il risarcimento del danno per violazioni di norme antitrust: l'esperienza americana*, in *Riv. soc.*, 1992, 3, 681.
- GENOVESE A., *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, ESI, Napoli, 2005.

- GENOVESE A., *Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni relative al danno da illecito antitrust*, in, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M.R. MAUGERI - A. ZOPPINI, Il Mulino, 2009, 215 ss.
- GERBER D.J., *Private enforcement of competition law: a comparative perspective*, in *The Enforcement of Competition Law in Europe*, a cura di T.M.J. MOLLERS, A. HEINEMANN, Cambridge, Cambridge University Press, 431 ss.
- GHEZZI F., M. MAGGIOLINO, *L'abuso di posizione dominante: alcune notazioni di carattere generale*, in *I contratti nella concorrenza*, a cura di A. CATRICALÀ, E. GABRIELLI, Utet Giuridica, Torino, 2011, 211 ss.
- GHEZZI F., OLIVIERI G., *Diritto Antitrust*, Giappichelli, Torino, 2013.
- GHIDINI G., *Concorrenza sleale*, in *Enc. dir. Agg. III*, Giuffrè, Milano, 1999, 409 ss.
- GIANNITI P., *Responsabilità civile e penale a confronto*, Cedam, Padova, 1998.
- GIUDICI P., Art. 2 *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in *Concorrenza mercato*, a cura di V. Afferni, Padova, 1994, 85 s.
- GIUSSANI A., *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in *AIDA*, 2015, 251.
- GORLA G., *Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 1, 405 ss.
- GRANIERI M., *La prescrizione*, in *AIDA*, 2015, 80 ss.
- GRAZIOSI A., *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Giuffrè, Milano, 2003.
- GRECO G., *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo. Relazione al Convegno "L'accertamento delle violazioni e dei danni da illecito antitrust"*, Milano, 14 novembre 2016, in *Riv. it. di dir. pubbl. com.*, 2016, 5, 999 ss.
- GUFFANTI PESENTI L., *Il ruolo della condotta del medico nella quantificazione del risarcimento note sull'art. 7, co. 3, l. 8-3-2017 n. 24*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2017, 4 1499.
- GUGLIELMETTI G., *Violazione di norme di diritto pubblico e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, 7-8, 249 ss.
- GUIZZI G., *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, in *Foro it.*, 2004, I, 479 ss.
- HALL R.E., LAZEAR V.A., *Reference Guide on Estimation of Economic Losses in Damages Awards*, in *Federal Judicial Center, Reference Manual on Scientific Evidence*, 2nd ed., 2000.

- HARRIS R.G., SULLIVAN L.A., *Passing on the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1979, 2, 269.
- HERRERO C.SUÁREZ, *La transposición en España de la directiva de daños antitrust*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, 150 ss.
- HOVENKAMP H. J., *Antitrust Policy After Chicago*, in *Mich. Law Rev.*, 1986, 2, 213 ss.
- HOVENKAMP H. J., *Federal Antitrust Policy: The Law Of competition And Its Practice*, West Group, St. Paul, 1994.
- HOVENKAMP H., *A Primer on Antitrust Damages*, February 28, 2011, in *University of Iowa Legal Studies Research Paper*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1685919> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1685919>
- IANNUCELLI P., *Il «private enforcement» del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in *Riv. soc.*, 2006, 4, 710.
- IANNUCELLI P., *Torniamo al trattato! Per il superamento della distinzione tra public e private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Conc. Merc.*, 2014, 75 ss.
- IANNUCELLI P., *La base giuridica della Direttiva 2014/104 e i suoi rapporti con il regolamento n. 1/2003 in L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul Private Antitrust Enforcement*, a cura di F. Munari, C. Cellerino, Aracne editrice, 2016, 25 ss..
- JONES A., BEARD D., *Co-contractors, Damages and Article 81: the ECJ finally speaks*, in *ECLR*, 2002, 5, 246 ss.;
- KOMNINOS A., *New prospects for private enforcement of EC competition: Courage v. Crehan and the Community right to damages*, in *CML Rev.*, 2002, 3, 447.
- LA MARCA S., *La disciplina dei cartelli nel diritto antitrust europeo ed italiano: una guida teorico-pratica*, Giappichelli, Torino, 2017.
- LIANOS I., *Causal Uncertainty and Damages Claims for Infringement of Competition Law in Europe*, in *CLES Research Paper*, Series n. 2/2015, disponibile al sito <http://ssrn.com/abstract=2564329>, 47.
- LIBERTINI M., *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e Impr.*, 1987, 85 ss.
- LIBERTINI M., *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. Comm.*, 1998, 5, 649.
- LIBERTINI M., *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, 10, 933 ss.

- LIBERTINI M., *Il ruolo necessariamente complementare di private public e enforcement in materia antitrust*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M.R. MAUGERI - A. ZOPPINI, Il Mulino, 2009, 171 ss.
- LIBERTINI M., *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in *20 anni di antitrust*, a cura di P. Barucci, C. Rabitti Bedogni, Giappichelli, Torino, 2010.
- M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, ann. III, Giuffrè, Milano, 2010, 191.
- LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2014.
- LIBERTINI M., *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari*, in *Conc. Merc.*, 2014, 265 ss.
- LOEVINGER L., *Private Action. The Strongest Pillar of Antitrust*, in *Antitrust Bull.*, 3, 1958, 167.
- LOMBARDI C., *E piovve anche sotto l'ombrello: umbrella effects e nesso di causalità in ambito antitrust secondo la Corte di giustizia*, in *Danno resp.*, 2014, 7, 707;
- LOPEZ DE GONZALO M., *Proprietà intellettuale e danni punitivi di fronte alla Corte di giustizia europea*, in *Dir. comm. internaz.*, 2017, 2, 435 ss.
- MACARIO F., *Il nesso causale*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, a cura di P. SIRENA, Giuffrè, Milano, 2011, 129 ss.
- MAIER RIGAUD F.P., *Toward a European Directive on Damage Actions*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2014, 2, 341 ss.
- MALAGOLI E., *Il risarcimento del danno da pratiche anticoncorrenziali alla luce della direttiva 2014/104/U*, in *Contr. Impr. Europa*, 2015, 1, 390 ss.
- MANSANI L., *La disciplina delle intese restrittive della concorrenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, 1 55 ss..
- MARCOS F., A.S. GRAELLS, *Towards European Tort Law? Damages Actions for Breach of Antitrust Rules: Harmonizing Tort Law through the Back Door?*, in *Eur. rev. priv. law*, 2008, 3, 469.
- MARINO S., *Alcune novità nel private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Contr. impr. Eur.*, 2014, 1, 75 ss.
- MASTRODONATO M., *La legittimazione dei consumatori alla richiesta di risarcimento dei danni da condotta anticoncorrenziale*, in *Giur. it.*, 2005, 11 ss.,

- MATRANGA C., *Illecito antitrust e nesso di causalità: l'allocazione del danno da maggiorazione del prezzo applicato da un'impresa estranea all'intesa vietata. "Umbrella Effects" nel caso "Kone"*, in *Dir. civ. cont.*, 11 marzo 2015.
- MAUGERI M. R., *Risarcimento del danno e diritto antitrust: le prospettive comunitarie*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M.R. MAUGERI - A. ZOPPINI, Il Mulino, Bologna, 2009, 147.
- MAZZEI G., *Economia di mercato e diritti soggettivi nella evoluzione del diritto antitrust*, ESI, Napoli, 2004.
- MELI V., *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione di prezzi "non equi"*, Giuffrè, Milano, 1989.
- MELI V., *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 1, 2018, 119.
- MENGONI L., *Note al progetto governativo di legge per la tutela della libertà di concorrenza*, in *riv. soc.*, 1960, 458 ss.
- MEROLA M., *La cooperazione tra giudici nazionali e Commissione nell'applicazione delle norme comunitarie antitrust*, in *Foro it.*, 1993, IV, 418 ss.
- MEZZANOTTE F., *Sul private enforcement del diritto antitrust (in vista del recepimento della Dir. 2014/104/UE)*, in *Contr.*, 2015, 12, 1109 ss.
- MEZZANOTTE F., *Il trasferimento del sovrapprezzo Anticoncorrenziale*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2018, 1, 215 ss..
- MICCOLI L., *Tra public and private enforcement: il valore probatorio dei provvedimenti dell'AGCM alla luce della nuova direttiva 104/14 e del D.lgs. 3/2017*, in www.juscivile.it/
- MILUTINOVIC V., *The "Right to Damages" under EU Competition Law*, Kluwer Law International, Alphen aandenRijn, 2010.
- MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, in *Trattato di dir. civile*, diretto da Sacco, UTET, Torino, 1998.
- MONATERI P.G., voce *Responsabilità civile*, in *Digesto disc. priv.*, Utet, Torino, 1998.
- MONNET J., *Mémoires*, Fayard, Paris, 1976.
- MONTANARI A., *Programmi di clemenza e azione risarcitoria nella direttiva europea sul risarcimento del danno: convivenza possibile?*, in *Conc. merc.*, 2014, 115 ss.
- MONTI G., *Anticompetitive agreements: the innocent party's right to damages*, in *European Law Review*, 2002, 3, 282 ss.
- MONTI G., *EC Competition law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

- MONTI M., *Relazione introduttiva*, in, *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, VI Convegno (Treviso, 13-14 maggio 2004), a cura di E.A. RAFFAELI, Giuffrè, Bruxelles, Milano, 2005, 1 ss.
- MOTTA M., POLO M., *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2005.
- MUSCOLO G., *La quantificazione del danno nel processo antitrust*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. PACE, Jovene, Napoli, 2013, 338 ss.
- NEBBIA P., *Damages actions for the infringement of EC competition law: compensation or deterrence?*, in *European Law Review*, n. 33, Feb. 2008, 28-36
- NEGRI M., *Procedimenti paralleli in materia di antitrust: irragionevoli corollari processuali del vincolo dei giudici nazionali alle decisioni della Commissione Ce*, in *Int'l Lis*, 3-4, 2009, 133 ss.
- NIVARRA L., *La tutela civile: profili sostanziali*, in *Diritto antitrust italiano, Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, a cura di A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L.C. UBERTAZZI, Bologna 1993, II, 1449 ss.,
- NIVARRA L., *Ordine pubblico globalizzato e danni punitivi al vaglio delle Sezioni Unite*, in www.giustiziacivile.com, approfondimento del 31 gennaio 2017.
- NUGNES F., *Regole di concorrenza e Costituzione europea*, in *Istituzioni, diritti, economia. Dal Trattato di Roma alla Costituzione europea*, a cura di G. COLOMBINI, F. NUGNES, Pisa, Pisa University Press, 2004.
- NYSENS H., PECCHIOLI N., *Il Regolamento CE n. 1/2003: verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, 2-3, 357.
- ODUDU O, E EDELMAN J., *Compensatory damages for breach of Article 81*, in *European Law Review*, 2002, 327 ss.
- OSTI C., *Un approccio pragmatico all'attuazione giudiziale delle regole di concorrenza nell'ordinamento italiano*, in *Conc. merc.*, 2014, 291 ss.
- OSTI C., *Ma a che serve l'antitrust?*, in *Foro it.*, 2015, parte V, col. 114.
- OSTI C., *Joint and Several Liability Under the EU Competition Law Damages Directive*, in *AIDA*, 2015, 62 ss.
- PACE L.F., *L'evoluzione della tutela amministrativa della concorrenza nel diritto antitrust comunitario e nazionale*, in *Dir. Un. eur.*, 1999, 2, 355 ss.

- PACE L. F., *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Giuffrè, Milano, 2005.
- PACE L. F., *Diritto europeo della concorrenza, Divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, Cedam, Padova, 2007.
- PACE L.F., *La nascita del diritto della concorrenza in Europa*, in, *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. PACE, Napoli, Jovene, 2013, 3ss.
- PALMIERI A., PARDOLESI R., *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: “chi è causa del suo mal ... si lagni e chieda i danni”*, in *Foro it.*, 2002, IV, col. 76 ss.
- PALMIERI A., *L’illecito antitrust e l’aggiramento della prova del nesso causale: ovvero come si rischia di trasformare l’Autorità garante della concorrenza e del mercato in giudice della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2011, parte I, 2685.
- PALMIERI A. –PARDOLESI R., *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, I, col. 2630.
- PAPPALARDO A., *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007,
- PARDOLESI P., *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità ?)*, in *For it.*, 2007, 1102.
- PARDOLESI P., *Violazione del diritto d'autore e risarcimento punitivo/sanzionatorio*, in *Foro it.*, 2011, I, 3068.
- PARDOLESI P., *Risarcimento del danno, reversione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, in *Dir. Ind.*, 2012, 2, 133
- PARDOLESI R., *Privatizzare l’antitrust? Verso una nuova dimensione del private enforcement nel diritto della concorrenza*, in *Poteri e garanzie nel diritto antitrust. L’esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, a cura di G. BRUZZONE, Il Mulino, Bologna, 2008, 200 ss.
- PARDOLESI R., *Complementarità irrisolte: presidio (pubblico) del mercato e azioni (private) di danno*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2011, 3, 463.
- PARDOLESI R., *Danno antitrust e (svuotamento dell’) onere probatorio a carico del consumatore*, in *Foro it.*, 2014, I, 1735.
- PARDOLESI R., *Note minime in tema di causalità*, in *Conc. Merc.*, 2014, 317.
- PATTI S., *Prove*, Artt. 2697-2739, in *Commentario Scialoja - Branca*, a cura di G. DE NOVA, Zanichelli, Bologna, 2015.
- PERA A., *Vent’anni dopo: l’introduzione dell’antitrust in Italia*, in *Conc. Merc.*, 2010, 442 ss..

- PERA A., CODACCI PISANELLI G., *Decisioni con impegni e private enforcement nel diritto antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2012, 1, 69 ss.
- PERITZ R.J., *Competition policy in America*, rev. Ed., Oxford University Press, Oxford, 1996.
- PERLINGIERI P., *La responsabilità civile fra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 4, 1061 ss.
- PERLINGIERI P., *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 1, 119 ss.
- PIRAINO F., *Il nesso di causalità*, in *Eur. Dir. priv.*, 2018, 2, 399 ss.
- PONZANELLI G., *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Il mulino, Bologna, 1996.
- PONZANELLI G., *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi. Un ritorno alla deterrenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 6, 293 ss.
- PROSPERETTI L., PANI E., TOMASI I., *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, il Mulino, Bologna, 2009, 47 ss..
- PULEIO G., *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 3, 1082B.
- RABAI B., *La conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazione di impegni. Considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, in *Dir. Amm.*, 2018, 1, 165 ss.
- RAFFAELLI E. A., F. CROCI, *La prova nel private antitrust enforcement*, in *Politiche antitrust ieri, oggi e domani. Atti del Convegno del 27 maggio 2016*, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, a cura di, M. MALAGUTI, L. OGLIO, S. VANONI, Giappichelli, Torino, 2018, 163.
- RAMAJOLI M., *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, Milano, 1998.
- RANGONE N., *D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3: profili amministrativistici*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2018, 1, 263 ss.
- REICH N., *The “Courage”-doctrine: Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust injuries?*, in *CML Rev.*, 2005, 1, 35 ss.
- RODGER B.J., *The interface between Competition Law and Private Law: Article 81, Illegality and Unjustified Enrichment*, in *The Edinburgh Law Review*, 2002, 6, 217 ss.
- RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964.

- RONCO S., *Programmi di clemenza e private enforcement: bilanciamento di interessi tra «pentitismo concorrenziale» e diritto al risarcimento del danno antitrust*, in *Politica del diritto*, 2016, 457, ss.
- ROTH P., *Too much or too little? The initiatives to promote private redress*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea (XI Convegno di Treviso)*, a cura di E. A. RAFFAELLI, Bruylant, Bruxelles, 2015, 51.
- ROSSETTI M., *Il danno alla salute*, Cedam, Padova, 2009.
- ROSSI G., *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. soc.*, 1995, 1, 1 ss.
- ROSSI G., *Take Courage! La Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*, in *Foro.it*, 2002, IV, col. 90 ss.
- ROTONDI G., *Il risarcimento dei danni derivanti da una violazione degli artt. 85 e 86 del trattato che istituisce la CEE*, in *Collana Studi, Serie Concorrenza*, n.1, Bruxelles, 1966.
- RUFFINI G., *Produzione ed esibizione di documenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 2, 432.
- SALVI C., *Responsabilità extracontrattuale* (dir. vigente), in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Giuffrè, Milano 1988 1227 ss.
- SALVI C., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1998.
- SALVI C., *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2005.
- SCHINKEL M.P., TUINSTRA J. E RUGGEBERG J., *Illinois Walls: how barring indirect purchaser suits facilitates collusion*, in *The RAND Journal of Economics*, 2008, 683 ss.
- SCHIRIPA M., *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?*, in www.comparazionedirittocivile.it, marzo 2017.
- SCHLESINGER P., *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 338 ss.
- SCHLESINGER P., *Il problema del risarcimento del danno*, in *Jus*, 1960, 336 ss.
- SCHLESINGER P., *Sul problema della responsabilità per danni derivanti dalla violazione dei divieti previsti dal progetto governativo di leggi a tutela della concorrenza*, in *Riv. soc.*, 1960, 729 ss.
- SCHLESINGER P., *Il problema del risarcimento del danno*, in *Jus*, 1960, 336 s.,
- SCHWARTZ L.B., *Cycles of antitrust zeal: predictability?*, in *Antitrust Bull.*, 4, 1990, 771 ss.
- SCODITTI E., *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, in *Foro. It.*, 2002, IV, 84 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *L'ingiustizia del danno*, in *Tratt. Dir. priv.* diretto da M. Bessone, Giappichelli, Torino, 2005.

- SCOGNAMIGLIO C., *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2017, 6, 740.
- SCOGNAMIGLIO C., *Le Sezioni Unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 4, 1109.
- SCOGNAMIGLIO C., *Danno antitrust, scopo della norma violata e funzioni della responsabilità civile*, in *Quest. Giust.*, 1, 2018, 144 ss.
- SCUFFI M., *Riflessioni a margine della Dir. 104/2014 (e del D.lgs. 3/2017) sull'azione di classe*, in *Dir. ind.*, 2017, 1, 5 ss.
- SIRENA P., *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ., Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista. Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Treviso, 23-24-25 marzo 2006, Padova, 2006, 531 ss.
- STANZIONE P., *Trattato della responsabilità civile*, vol. II, Cedam, Padova, 2012.
- STELLA F., *A proposito di talune sentenze civili in tema di responsabilità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 4, 1159 ss.
- STROZZI G., MASTROIANNI R., *Diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2011.
- TADDEI ELMI G., *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva ue del 2013*, in *Conc. merc.*, 2014, 183 ss.
- TESAURO G., *La funzione deterrente del controllo antitrust*, in *20 anni di antitrust*, a cura di, P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI, Giappichelli, Torino, 2010, 13
- TESAURO G., *Il diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012.
- TIRIO F., *L'accesso dei terzi danneggiati dalle infrazioni antitrust alle informazioni in possesso dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Foro amm.*, 2014, 10, 2699, ss.
- TIZZANO A., *Il contributo dei giudici dell'Unione europea allo sviluppo del diritto della concorrenza*, in *20 anni di antitrust*, a cura di P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI, Giappichelli, Torino, 2010, 83 ss.
- TODINO M., *Il danno risarcibile*, in *AIDA*, 2015, 15 ss.
- TOFFOLETTO A., *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normative antitrust*, Giuffrè, Milano, 1996.
- TONELLI L., *Intesa antitrust e risarcimento dei danni*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 3, 673 ss.
- TOSATO G. L., BELLODI L., *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Giuffrè, Milano, 2004.

- TRIMARCHI P., *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967.
- TRIMARCHI P., *Illecito civile*, in *Enc. dir.*, XX, Giuffrè, Milano, 1970, 90 ss.
- TRIMARCHI M., *La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza nella direttiva sull'antritrust privateenforcement (direttiva 2014/104/ue)*, in AIDA, 2015, 204 ss.
- TUNC A., *A Codified Law of Tort - The French Experience*, in *La. L. Rev.*, 1979, 4, 1051.
- VAN BAELE I., BELLIS J.F., *Competition law of the European Community*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law Int., 2005.
- VASQUES L., *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Costituzione lo consente?*, in *Merc. Conc. Reg.*, 3, 449 ss.
- VETTORI G., TADDEI ELMIG., *Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, in *20 anni di antitrust*, a cura di P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI, Giappichelli, Torino, 2010, 1039 ss..
- VILLA G., *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, 3, 301 ss.
- VILLA G., *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corr. Giur.*, 2017, 4, 441 ss.
- VINCIGRIS S., *La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1153
- VISINTINI G., *I fatti illeciti*, II, Cedam, Padova, 1990.
- VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1999.
- VON DANWITZ T., *Ignorantia Legis Non Excusat*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, 389 ss.
- WAELEBROECK D., SLATER D., EVEN-SHOSHAN G., *Ashurst, Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules: Comparative Report*, Brussels 31 Aug. 2004.
- WANG GERVEN W., *Of Rights, remedies and procedures*, in *CML Rev.*, 2000, 2, 501 ss.
- WILMAN F., *Private Enforcement of EU Law Before National Courts: The EU Legislation Framework*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2015.
- ZITO A., *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Giappichelli, Torino, 1998.

